Commission on the Future of Health Care in Canada

Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada

DISCUSSION PAPER NO.32

The Effects of International Trade Agreements on Canadian Health Measures: Options for Canada with a View to the Upcoming Trade Negotiations

by

Richard Ouellet

Laval University

October 2002

103-06754/

Catalogue No. CP32-79/32-2002E-IN

ISBN 0-662-32967-8

Although the views expressed in the papers are those of the authors, each paper was subjected to an independent peer-review process. The Commission would like to thank the Institute of Health Services and Policy Research (IHSPR), of the Canadian Institute of Health Research, for their oversight and administration of the peer-review process. The work of the authors, the reviewers and IHSPR will serve to make these papers an important contribution to the Commission's work and its legacy.

Contents

Highlights v

Executive Summary vi

Introduction 1

Part I: Effects of the Major International Economic Agreements to which Canada Is a Party on Canadian Health Care Measures 3

Section 1: Provisions in Multilateral Agreements Applicable to Canadian Health Measures 3

The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 3
Fundamental Principles of Liberalization of Trade in Products that are Binding on Canada 3
GATT Provisions Likely to Be Cited in Order to Protect Canadian Health Measures 4
Other GATT Provisions that Allow an Override of the Fundamental Principles 5

The General Agreement on Trade In Services 5
The Notion of Service 6
GATS Provisions Involving the Liberalization of Health Services 7
GATS Provisions Guaranteeing a Specific Status for Health 9

Other WTO Agreements with an Impact on Health Services 10
Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) 10
Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) 11

Section 2: Provisions of Regional Agreements Applicable to Canadian Health Measures 11

Provisions in Relation to Trade in Goods under NAFTA 12
Provisions and Reservations in Relation to Investment and Trade in Services under NAFTA 12

Section 3: Provisions in Bilateral Agreements Applicable to Canadian Health Measure 15

Part II: The Different Approaches to Health Care that Canada Can Adopt with a View to the Upcoming Trade Negotiations **16**

Risks of the Reservations and Exceptions Approach 17
Risks of the Piecemeal Commitments Approach 18
Risks Related to the Absence of a Comprehensive Approach 18

Concluding Remarks and Recommendation on the Preferred Approach **19**

Selected Bibliography **20**

Highlights

- Canadians are wondering if, with the economic agreements signed during the last decade, our governments still have the necessary latitude to maintain health systems that respond to their expectations.

- Canada has, to date, consistently excluded the application of these agreements to our health systems using a variety of approaches.

- On the multilateral level, the GATT rules apply, with rare exceptions, to all products including those related to health. The *General Agreement on Trade in Services* (GATS) is built around a quite different approach, one of specific commitments. Access to a national market for a particular services sector is possible only if a WTO member has specifically undertaken to provide access to its market for that sector of services. Canada has made no such commitment in regard to health services.

- On the regional level, the NAFTA provides for liberalization of trade in goods irrespective of whether they are linked to health. However, chapters 11 and 12 are built around a special approach. They promote openness to foreign investment and liberalization of trade in services without regard to the affected areas of activity; but through reservations recorded in annexes, health care is excluded from the application of the NAFTA. This reflects a reservations and exceptions approach.

- It will be noted that while Canada has avoided the potential effects that the international economic agreements could have on health care, it has done so by taking advantage of the structure of agreements based on quite different approaches.

- If the Canadian government wishes to continue exempting our public health systems from the effects of these agreements, it will have to acknowledge that doing so by simultaneously using approaches as different as those of the GATS and the NAFTA is not without risks. What is needed is an integrated approach that reflects trade concerns while respecting the health care priorities of governments.

Executive Summary

Canadians wonder about the impact the international economic agreements signed by Canada are having or might have on our health systems. It is open to question whether, given the scope of commitments they have made in the economic agreements entered into over the last decade, our governments still have the necessary latitude to establish and maintain health systems that respond to Canadians' expectations.

To date, the multilateral, regional and bilateral trade agreements signed by Canada have had no major impact on health services provided in the country. Canada has always ensured that the application of these agreements to our health systems be strictly circumscribed or completely ruled out.

Canada has used a variety of approaches to ensure that these agreements have no effect on our health care. While this diversity of approaches has, to this point, been effective in protecting public health systems, it has some disadvantages and bears some risks. It is not implausible that, in the future, these approaches will no longer be able to adequately protect our public health systems. Therefore, it is necessary to have a clear understanding of the approaches that have been recommended, and to take a brief look at the risks involved in each approach and in the use of such differing measures to exclude health care from the application of economic agreements.

On the multilateral level, the *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), which covers trade in products, makes no distinction between health-related products and others. The trade principles apply generally to all products, including those related to the supply of health care. The *General Agreement on Trade in Services* (GATS) is constructed along quite different lines. Access to a national market for a particular sector of services is possible only if a WTO member has specifically undertaken to provide market access in that sector. Thus, for some health services to be made available in Canada on a commercial basis by private suppliers from another WTO member, Canada would have to specifically commit to giving access to its market in the health services sector. But, at the present time, Canada has made no such commitment. The specific commitment approach found in the GATS context has therefore allowed the exclusion of health care provision from the effects of that agreement. Other WTO agreements such as the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (the TRIPs Agreement) also allow parties to circumscribe the effects of freer trade on health care.

At the regional level, the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), like the WTO agreements, provides for liberalization of trade in goods without regard to whether the goods are or not related to health. But in the case of investments and services, the NAFTA terms are rather different from those of the WTO agreements. Chapters 11 and 12, which deal with these two aspects, are built on a very particular approach. The general rules in these two chapters promote openness to foreign investments and liberalization of trade in services irrespective of the particular area of activity. Health care is excluded from the application of the NAFTA investment and trade in services provisions through exceptions and reservations recorded in annexes to the Agreement.

At the bilateral level, the few free-trade agreements signed by Canada are essentially dealing with trade in goods. The few provisions that affect trade in services are drafted in terms very close to those found in the NAFTA. These provisions cover the liberalization of trade in services irrespective of the sector or type of services provided. It is only through exceptions and reservations that health services are excluded from the application of these agreements.

An examination of the various international economic agreements to which Canada is a party and which could have an impact on Canadian health systems indicates that, while Canada has so far managed to avoid the effects that these agreements could have on health care, it has done so by taking advantage of the structure of agreements based on clearly different approaches.

In the case of the GATS, which incorporates an approach of specific commitments by WTO members, it is the absence of specific commitments on the part of Canada, or silence about them, that has prevented this general agreement from opening up the Canadian market for health services. In NAFTA's case, by contrast, it is the fact that Canada has registered clear reservations in an annex to the Agreement that has prevented it from having any effect on our health systems. A common feature of these two, largely different approaches is that both are underpinning the two major rounds of trade talks to which Canada now participates. The Doha negotiations on services are being conducted on the basis of the present GATS, while the talks surrounding the creation of a FTAA are based on NAFTA documents. If the Canadian government wishes to continue exempting its public health systems from the effects of international economic agreements, it will have to acknowledge that doing so along approaches as different as those now embodied in the GATS and the NAFTA is not without risks. What is needed is an integrated approach that reflects trade concerns while respecting the health priorities of each state.

Introduction

For half a century now, and particularly since 1994, Canada has been a member of or party to a considerable number of economic integration agreements. These agreements may be bilateral (e.g. the Canada-Chile Free Trade Agreement), regional (the North American Free Trade Agreement, or NAFTA) or multilateral (the GATT and the World Trade Organization, or WTO). Irrespective of their geographic scope, all of these agreements can have an impact on the role of our governments and on many aspects of the lives of Canadians.

As concrete expressions of the globalization phenomenon, these agreements affect the most significant areas of human activity, including the provision of health care. Many experts say unequivocally that the globalization of the economy poses a major challenge to national health care policies.

> Globalization is one of the key challenges facing health policy makers and public health practitioners (McMichael and Beaglehole, 2000). While there is a growing literature on the importance of globalization for health (Lee and Collin, forthcoming), there is no consensus either on the pathways and mechanisms by which globalization affects the health of populations or on the appropriate policy responses. There is, however, an increasing tension between the rules, actors, markets that characterize the modern phase of globalization and the ability of countries to protect and promote health.
> (Woodward, Drager, Beaglehole et al., 2001, p.875)

There are essentially two sources for the growing tensions between health and freedom of trade.

The first source of tension is, of course, the magnitude of the interests at stake. On the one hand, there are enormous business interests linked to healthcare-related activities. Recent publications provide the clearest possible illustration of the gains to be made, for example, from the provision of health services and the manufacture of drugs (*Lexpert*, March 2002, p. 64; *Business Week*, May 28, 2001, p. 40; J. Vellinga, 2000, pp. 130-139; WTO, *Health and Social Services*, 1998, pp. 2-9). On the other hand, as one can imagine, there are social and health interests affecting Canadians' rights to accessible and quality health care. These rights are enshrined in the country's legislation but they also reflect fundamental rights recognized in international instruments such as the Universal Declaration of Human Rights (article 25, paragraph 1) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (article 12).

The second source of tension between health and freedom of trade stems from the fact that recent economic agreements have to some degree and more or less explicitly, as the case may be, opened to market forces a whole range of areas of economic activity that directly, indirectly or potentially affect trade in health-related goods and services. Yet, even today, it is hard to gauge accurately the potential impact of such trade liberalization agreements as the NAFTA or the General Agreement on Trade in Services (GATS, of the WTO) in opening up markets for health care. Canadians legitimately want to know more about the long-term consequences of trade commitments entered into by the Canadian government, which are likely to bring some changes

in our healthcare systems. It is this latter source of tension between health values and freedom of trade that is the subject of this study.

To fully gauge the significance of the effects of multilateral trade agreements on Canadian health measures, we will examine, in the first part of the study, the legal scheme of the major economic agreements to which Canada is a party. We will briefly review the key provisions of international instruments that have potential or recognized effects on health services as they are now being provided in Canada. We will draw attention to the somewhat ambivalent status assigned to health care in the commercial rules that now prevail. We will also attempt, to the extent possible, to determine which agreements may have a material impact on Canadian health systems. In the second part of the study, we will briefly consider the different approaches to health that the government of Canada might adopt within the framework of ongoing multilateral trade negotiations. We will attempt to answer the general question in our terms of reference and assess the best options available to Canadian governments with a view to properly reconciling Canada's trade and economic commitments with a health system that is responsive to the needs and values of Canadians.

The reader will appreciate that the purpose of this study is not to describe Canadian healthcare systems or to assess Canadians' expectations about these systems. Our expertise and our investigation are limited to a brief presentation of the extent to which Canada has undertaken to liberalize its health care systems, and of how Canada may reconcile its international economic commitments with the health care systems Canadians want for themselves.

Part I: Effects of the Major International Economic Agreements to which Canada Is a Party on Canadian Health Care Measures

The general objective of the first part is to compile and review the provisions of international economic agreements that may affect the capacity of various orders of government in Canada to adopt and maintain health care measures. In addition to outlining arguments that could be used in opposition to Canada in a potential dispute, this inventory allows us to determine which agreements have the most significant bearing on Canadian health systems. The agreements examined here fall into three categories: multilateral, regional and bilateral economic agreements. In each category, we can pinpoint particular approaches that have been followed in regard to health care. Some of these approaches will form the basis for the comments we make in Part II of the study.

Section 1: Provisions in Multilateral Agreements Applicable to Canadian Health Measures

As for multilateral trade agreements, it is essentially the WTO Agreements that, at this point, have some impact on health measures in Canada. We will look in turn at the GATT, the General Agreement on Trade in Services (GATS) and, collectively, the other multilateral agreements that may affect health care provision.

The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

Fundamental Principles of Liberalization of Trade in Products that Are Binding on Canada

Immediately following the Second World War, the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) introduced new trade rules designed to liberalize international commercial transactions. To this effect, a number of key principles were put in place, which have since become the foundation of most of international trade agreements. The most important of these are the principle of non-discrimination and the prohibition of quantitative restrictions. It is useful to describe briefly the nature of these fundamental principles developed in the GATT framework, which entail the liberalization of trade in products. These principles have a particular significance as they are replicated in virtually all international economic agreements.

Principle of Non-Discrimination

The principle of non-discrimination hinges on two rules: most-favoured-nation treatment (article I of the GATT) and national treatment (article III of the GATT).

Under article I, dealing with most-favoured-nation treatment, each member of the WTO must automatically extend to all others a treatment as favourable as that granted to any other country

Thus, the most-favoured-nation treatment guarantees equal terms of market access to all trading partners. Linked with this rule is the rule on national treatment, which requires that each member grant to the products of all other members the treatment given to its own products. This rule applies to all national measures of internal taxation and regulation. For example, all measures affecting the sale, purchase, transportation or distribution of products must apply in the same way to both national products and like imported products.

Prohibition of Quantitative Restrictions

Quantitative restrictions generally take the form of quotas, licences or other measures designed to limit the import of foreign products onto the national territory or the export of national products. Quantitative restrictions therefore operate to disrupt if not prevent trade in certain products. Article XI of the GATT is the rule that prohibits such restrictions.

There are, however, some exceptions to these fundamental principles on which the WTO agreements on trade in products are based.

GATT Provisions Likely to Be Cited in Order to Protect Canadian Health Measures

There are a number of provisions in the GATT that allow members of the WTO to take restrictive measures in relation to health products. This is the general exception that appears in Article XX of the GATT and in certain special regimes established by other GATT provisions.

The General Exception in Article XX(b)

Article XX of the GATT sets out some general exceptions for which the principles of the Agreement will not apply, thereby recognizing the special nature of certain fundamental interests such as public morals, health, and the preservation of natural resources and national treasures. Thus, under certain conditions, measures "necessary to protect human, animal or plant life or health" are compatible with the GATT provisions.

The terms of implementation of Article XX are restrictive, since they are subject to a number of cumulative conditions. First, the contentious measure must concern one of the interests appearing in the schedule, in this instance the protection of health and human life. It is not sufficient that the measure be referred to in the schedule, it must also be necessary under the language of Article XX. This necessity criteria implies that the measure must not be excessive in relation to the contemplated purpose, that there exists a causal relationship between the measure and the intended objective, and that other means, less restrictive to the free movement of trade, do not exist. Furthermore, the introductory sentence of Article XX adds an important limitation since the measure must not be used "in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade".

The scope of this Article XX(b) exception has been amended over time. The quasi-judicial bodies of the WTO that have had to rule on this exception have not always given it the same purview. So this exception does have its own limits and risks.

Other GATT Provisions that Allow an Override of the Fundamental Principles

Article III:8(b) allows members who so desire to grant subsidies exclusively to domestic producers. Canada could, therefore, grant subsidies in such areas of activity as the manufacture of health equipment and drugs. We should also note that since 1995, article III:8(b) must be assessed in light of the provisions of the Subsidies and Countervailing Duties Agreement, which will be examined later.

The GATT legal regime requires, therefore, that Canada comply with certain duties of equality of treatment between nations and between similar or competing products. The GATT also allows for some special circumstances where Canada could derogate from these obligations, particularly in regard to health protection measures. The GATT thus commits WTO members to a general liberalization of trade in products while recognizing that health-related issues may enjoy a certain special status. We will now look at how the general agreement governing trade in services has a significantly different regime from that of the GATT.

The General Agreement on Trade in Services

As the Canadian Minister of International Trade has stated, health services available in Canada are excluded at this time from the application of the General Agreement on Trade in Services:

> "I would like to stress that we will maintain and preserve the ability of all levels of government to regulate and set policy in areas of importance to Canadians," added Minister Pettigrew. "*We will not negotiate our health*, public education or social *services*....

It is true that each member of the WTO retains discretion to submit or not each of services sector covered by the Agreement to the major rules of the GATS. As we will see in greater detail, Canada is fully entitled under the GATS not to undertake to comply with the rules of market access and national treatment set out in that agreement. It is solely up to Canada to decide the extent of the commitments it wishes to make for the liberalization of health services provided on its territory. Nevertheless, in examining the legal regime of the GATS, we note that the provision of health services may, at least indirectly or potentially, already be affected by this accord. To gauge the ambivalence that characterizes the GATS legal regime in regard to health services, we will first analyze the notion of service as adopted in the GATS. We will then consider the GATS provisions leading to the gradual liberalization of health services. Finally, we will examine the provisions allowing special status for the protection of health.

The Notion of Service

The GATS does not provide an explicit definition of the notion of services. Only trade in services is defined. In this regard, four modes of services provision are defined. These appear in Article I, paragraph 2 of the GATS, which states that:

> ... trade in services is defined as the supply of a service:
> (a) from the territory of one Member into the territory of any other Member;
> (b) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member;
> (c) by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member;
> (d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member.

Article I, paragraph 3(b) then states that "services" include "*any service in any sector* except services supplied in the exercise of governmental authority". (Italics added)

Article I, paragraph 3(c) provides that "'services supplied in the exercise of governmental authority' means any service which is supplied *neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers*." (Italics added)

As some specialists correctly note, the description of services in the GATS encompasses all services, including health services. (J. Vellinga, 2000, p. 138, 152; A. Pollock and D. Price, 2000, p. 1996). As such, health services are thus covered by this WTO agreement.

However, it should be noted that in some particular situations and under some specific conditions, health services will not be included within the scope of the GATS. This is clear from Article I, paragraphs 3(b) and 3(c), which state that services supplied in the exercise of governmental authority are not covered. Thus, where health care services are exclusively provided by the government, neither on a commercial basis nor in competition with one or more service suppliers, health services are then excluded from the GATS. Moreover, if some services linked to health care supplied in the exercise of governmental authority are so provided on a commercial basis or in competition with private suppliers, the latter will be covered by the GATS provisions. In this regard, the WTO background note is as explicit as can be with regard to hospital services:

> The hospital sector in many countries, however, is made up of government- and privately-owned entities which both operate on a commercial basis, charging the patient or his insurance for the treatment provided. Supplementary subsidies may be granted for social, regional and similar policy purposes. It seems unrealistic in such cases to argue for continued application of Article 1:3 and/or maintain that no competitive relationship exists between the two groups of suppliers or services. (WTO, *Health and Social Services*, 1998, p. 11).

This statement has been relevant to Canada since the Alberta government opened the possibility that some health services no longer be provided solely by public agencies, but also by private entities. Consequently, in the context of multilateral trade rules, the authorization by the

government of that province of the commercial provision of some health services could effectively exclude from the notion of public services those services that would be provided by private health care suppliers which, prior to the Alberta legislation, were available in Canada only in a non-competitive context.

It will be noted, therefore, that the notions of services and public services are not clearly defined in the GATS. To establish clearly whether a service is likely to be covered by the GATS rules, we must first determine whether this service is provided by public authorities on a non-commercial basis and in a non-competitive context. But, as we can see in Canada, our governments, both provincial and federal, have a choice between opening or not opening the provision of health care services to market forces. The application of the GATS general obligations and disciplines to health services depends not only on Canada's commitments or exemptions under this agreement, but also on the possibility under its domestic legislation of allowing competition between public and private health services suppliers. In Canada, jurisdiction over health belongs to the provinces, and they may exclude health services provided on their territory from the notion of public services.

GATS Provisions Involving the Liberalization of Health Services

As in the GATT framework, the most-favoured-nation treatment and national treatment are the two ubiquitous principles promoting trade liberalization. Furthermore, the Annex on financial services also has some significant repercussions in the insurance sector, especially with regard to health insurance.

Most-Favoured-Nation Treatment (Article II)

One of the most important GATS obligations is the most-favoured-nation treatment, found in article II, paragraph 1 of the GATS:

> With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.

However, the second paragraph of article II allows some temporary easing in the liberalization of certain services:

> A Member may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article II Exemptions.

Article II, paragraph 2 substantially diminishes the scope of paragraph 1, since it allows a member, under certain conditions, to circumvent the principle contained in paragraph 1.

To find out which health services are exempted from most-favoured-nation treatment, it is thus necessary to consult the schedule in the annex referred to in paragraph 2. At the close of the Uruguay Round, eight countries exempted their professional services and certain medical,

health and social services from most-favoured-nation treatment: Bulgaria, Cyprus, Costa Rica, Honduras, Panama, the Dominican Republic, Turkey and Venezuela (WTO, S/C/W/50, 18 September 1998, pp. 18, 28). Canada has made no exemption from most-favoured-nation treatment for its health services. Thus, to the degree that health care is subject to the GATS — and we will discuss this more specifically when examining the issue of market access — Canada is bound to comply with paragraph 1 of article II of the GATS, mentioned above.

Market Access and National Treatment (Articles XVI and XVII)

During the negotiations on trade in services, the partners hoped to proceed with a progressive liberalization of services (article XIX), so that market access and the principle of national treatment are not yet general obligations as is the case in the GATT and the TRIPs Agreement. In fact, the provisions pertaining to these principles do not appear in the general GATS obligations; they are confined to the part listing the specific commitments made by each member, which are recorded in the national schedules.

Article XIV, which deals with market access, states that "each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule." Article XVII, which pertains to national treatment, states the following:

> In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.

How the market access and national treatment rules are applied depends, therefore, on the specific commitments made by members. The schedules provide details on the areas where a member ha made commitments, the degree of openness negotiated, and the exceptions to national treatment. From then on, commitments are consolidated, that is, the member may no longer reopen them or, if that happens, the member will have to bear the related costs by granting compensation to members who have been adversely affected (Article XXI of the GATS).

Thus, members who have made specific commitments in the health services sector will have to comply with those commitments.

The Council on Trade in Services of the WTO has published a background note on health and social services that provides some clarification on the commitments made by members (WTO, S/C/W/50, 18 September 1998, pp. 15, 25). The note explains that "schedules do not necessarily provide an accurate, let alone comprehensive, picture of actual trade and market conditions." (WTO, S/C/W/50, 18 September 1998, p. 15). It also notes that "Members generally found it easier to make commitments on health-related professional services (medical and veterinary services, etc.) than on 'genuine' health and social services...." (WTO, S/C/W/50, 18 September 1998, p. 16). The note explains that in relation to modes of delivery 1, 2 and 3 described earlier, 49 members have made commitments concerning medical and dental services and 39 concerning hospital services; most of these members are developing countries. In relation

to mode 4, of the 55 members who have made commitments concerning medical, dental and veterinarian services, two countries have not specified any limitation, while all the others substantially limited the scope of their commitments (WTO, S/C/W/50, 18 September 1998, p. 18). Canada has made no commitment in this regard, since its schedule makes no reference to any such commitments. (WTO, GATS, Canada, SC/16, 15 April 1994).

A priori, since Canada has made no specific commitments concerning health care-related services, it is under no obligations in such matters. However, the GATS includes an annex on financial services that may have some implications for health insurance.

The Annex on Financial Services

This annex covers the measures that hinder or prevent the supply of financial services. Among the services that are covered are those supplied in the exercise of governmental authority, which include, *inter alia*,

> (b) ... (ii) *activities forming part of a statutory system of social security or public retirement plans*; and
> (iii) other activities conducted by a public entity for the account or with the guarantee or using the financial resources of the Government. [Italics added]

At least one commentator argues that in view of the definitions cited above, Canada's commitments with regard to financial services probably have some impact on our health insurance plans. (Sanger, 2000, p. 75).

GATS Provisions Guaranteeing a Specific Status for Health

The GATS includes some general exceptions, one of which for health protection. This agreement, which has existed for only a short period, also provides for a gradual liberalization of services. Added to these provisions are others which, until now, have not really been restrictive in so far as they contain standards that remain tentative.

The General Exception (Article XIV)

Article XIV of the GATS, the corollary of article XX of the GATT, lists some general exceptions:

> Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures:... (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

No special group of the WTO has yet had occasion to interpret this provision. Owing to similarities between this provision and article XX of the GATT, it is conceivable that the same restrictive conditions apply. The protection of health is therefore recognized, but it has an exceptional status.

Progressive Liberalization (Article XIX)

Another GATS provision might actually allow members who so desire not to liberalize their health services forthwith: this is article XIX dealing with progressive liberalization. The first sentence in paragraph 2 of this article states that "The process of liberalization shall take place with due respect for national policy objectives and the level of development of individual Members, both overall and in individual sectors."

Health is an area included in a state's national policy objectives. Accordingly, it seems that a member could argue that total liberalization of health services would conflict with its national health policy.

Other WTO Agreements with an Impact on Health Services

Besides the GATT of 1994 and the GATS, other WTO agreements may have consequences for national measures directly or indirectly affecting health.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement)

A comprehensive analysis of the impact of the TRIPs Agreement requires an expert knowledge of the national and international rules of intellectual property that this author does not have. We will limit ourselves here to a few general remarks to show that this agreement has a substantial impact on health systems, and particularly drugs.

The TRIPs Agreement on health-related measures has a particular impact on intellectual property rights associated with certain products such as drugs. The purpose of these intellectual property rights is generally to reserve the commercial use of a product for a limited period in order to cover the product's research and development costs.

The TRIPs Agreement, and more generally the rules of the industrialized countries, have been much criticized for exerting upward pressure on drug prices by substantially restricting the marketing opportunities for generic drugs. In developing countries, access to some drugs is also virtually ruled out owing to what appears to many as excessive protection of pharmaceutical company patents. The Doha Conference and the ensuing negotiations have begun to tackle this sensitive issue.

Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement)

This WTO agreement essentially governs the measures that WTO members apply at their borders to protect the health and life of humans and animals and preserve plant life within their territory. Obviously, it affects the provision of health care only indirectly, but its structure is of interest, in our opinion, in that it provides an example of the proper balancing of free trade values with the right to health.

The SPS Agreement clearly establishes that each WTO member must determine the level of SPS protection that it considers appropriate for its residents with regard to parasites, illnesses and pathogen organisms. Each member may adopt and apply the SPS measures of its choice provided it can scientifically prove that such measures are necessary in order to achieve the level of SPS protection it has set. For example, if the level of SPS protection is determined by reference to the goal of minimizing its negative effects on trade and if the measure applied is no more trade-restrictive than is necessary to obtain the appropriate level of protection, the SPS measure will be judged consistent with the GATT, and specifically with article XX(b), discussed earlier.

The rules under this agreement, consistent with the intentions of the member states in the area of health while not inconsistent with the spirit of trade liberalization, ought to be a source of inspiration for the future, in our opinion.

To put it clearly, what the SPS Agreement allows in terms of safety and wholesomeness of food should be replicable in the area of health care. Each state should be able to determine the level of care it seeks for its citizens and any liberalization of trade in goods and services should be consistent with this guaranteed level of care. We will revisit this point in the final part of the study, when making recommendations.

Section 2: Provisions of Regional Agreements Applicable to Canadian Health Measures

The commitments made by the three contracting states in the NAFTA reflect a regime that differs from that of the multilateral trade system. Although this regional agreement was negotiated concurrently with the WTO agreements, Canada, the United States and Mexico chose not to establish general agreements with specific features and applications spelled out in sectoral agreements or through schedules containing piecemeal commitments. Rather, they created a single agreement that is divided into parts and chapters comprising general commitments to liberalize trade and detailed rules of application. The agreement is complemented by voluminous annexes that contain reservations where each party to the NAFTA indicates those sectors of investment and trade in services to which the provisions of the agreement do not apply and those sectors where it reserves the right to maintain, adopt and apply in future measures that are not consistent with the terms of the Agreement. Thus, as we shall see, it is fairly easy to determine, from reading the NAFTA annexes, which aspects of our health systems are likely to be covered by the liberalization commitments contained in the Agreement.

Therefore, at this point we will briefly describe the NAFTA provisions that could have an impact on trade in health-related goods. We will also describe the provisions affecting trade in services that may affect the provision of health care. But we will pay particular attention to the reservations and exceptions which, at least until now, have kept NAFTA from having a direct and tangible application in the health services sector.

Provisions in Relation to Trade in Goods under NAFTA

Like all international economic agreements, and like the GATT, which we described earlier, the NAFTA contains many articles that apply the principle of non-discrimination between goods and facilitate trade in those goods through the abolition of tariff and non-tariff barriers. These provisions are found in Part II of the Agreement and set out the rules of national treatment, MFN treatment, market access and export subsidies in terms that are similar if not identical to those of the GATT. They are also found in Part III of the NAFTA, specifically in the chapter dealing with standards-related measures, a close relative of the WTO's Agreement on Technical Barriers to Trade. Other provisions that could affect trade in goods related to healthcare provision are found in chapter 10 of the NAFTA, which deals with government procurement. Although the effect of this chapter is, to a large extent, curtailed by a significant number of exceptions and rules dealing with the tendering entity, the type of goods purchased and the contract price, in principle nothing would prevent its application to the purchase by a Canadian public entity of health-related goods. Finally, chapter 17 of the NAFTA, which essentially forces the parties to the NAFTA to provide effective protection for intellectual property rights on their respective territory, may have effects on trade in drugs similar to those in the TRIPs Agreement described earlier. Some studies tend to demonstrate that the increase in patent protection of pharmaceuticals and the elimination of compulsory licences to comply with NAFTA have had a significant impact on the price of drugs in Canada. (Anderson, Auld, Bolton et al., 1997; Lexchin, 2001)

These trade in goods provisions may all have an effect, therefore, on trade in various health-related goods. However, up to this point they have not led to any significant change in the Canadian health systems, in the supply of health care in Canada, or in the capacity of governments to provide Canadians with the care they desire. The NAFTA provisions of interest to us, and that may have consequences, are primarily those that affect investment and services.

Provisions and Reservations in Relation to Investment and Trade in Services under NAFTA

The two chapters most likely to have some impact on the Canadian health systems are chapters 11 and 12, which deal with investments and trade in services. Related to these two chapters are some important annexes found at the end of the Agreement that significantly limit the application of both chapters. These annexes have so far prevented chapters 11 and 12 from having any real incidence on health care.

Chapter 11 of the NAFTA is divided into three sections. Section A sets out the rules relating to the treatment that each NAFTA Party must grant to investors and investments originating from the other two countries in the free-trade area. Section B governs the dispute settlement process between a NAFTA Party and an investor from another Party. Section C contains a series of definitions applicable to the terms and expressions commonly used in chapter 11.

It is Section A of chapter 11 that is relevant to our study, since it is there (essentially in articles 1101 to 1107) that the substantive obligations of the NAFTA Parties are laid down. A quick reading of this section reveals that the rules are formulated without reference to the specific commercial activity targeted by the investment. For example, there is nothing in NAFTA articles 1101 to 1107 that, at face value, would bar U.S. or Mexican investors or investments from entering Canada's health sector. It is only in article 1108, through exceptions and a reference to reservations found in Annexes I to IV of the NAFTA, that we can gage the possible application of chapter 11 to Canada's health care sector. In fact, a careful examination of article 1108 and annexes reveals that, for all intents and purposes, Canada has not undertaken to comply with chapter 11 of the NAFTA in regard to investors and investments in the health care sector in Canada. Through reservations it has recorded in various NAFTA annexes, Canada has retained the power to override the most important obligations of chapter 11. The clearest and most complete of these reservations is found in annex II, at page II-C-8 of the Canadian edition of the NAFTA. This reservation deals with the social services sector as a whole. In addition to applying to measures in Canada that already existed when the NAFTA came into force, it covers the social services measures that Canada will adopt and apply subsequently. This reservation, by which Canada reserves the right to override the national treatment rule (article 1102) and the senior management and boards of directors rule (article 1107) reads as follows:

> **Cross-Border Services and Investment**
> Canada reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of public law enforcement and correctional services, and the following services to the extent that they are social services established or maintained for a public purpose: income security or insurance, social security or insurance, social welfare, public education, public training, health, and child care.

It is true that, in legal terms, it is hard to define with certainty the contours of the protection afforded by this reservation to the Canadian health systems (Johnson 1998, 235). However, it can be noted that through this reservation and others of a more general application pertaining to all sectors of economic activity, Canada has so far managed to exclude health services from the application of NAFTA investment rules.

Chapter 12 of the NAFTA, which deals with cross-border trade in services, contains some general commitments to liberalize covered economic activities. In theory, there is nothing in the provisions of this chapter to prevent health services from being covered by the NAFTA liberalization commitments. Only paragraph 3(b) of article 1201 might put a damper on these general commitments, where it states that the NAFTA governments cannot be prevented from providing certain social services.

> 3. Nothing in this Chapter shall be construed to:
>
> ...
>
> (b) prevent a Party from providing a service or performing a function such as law enforcement, correctional services, income security or insurance, social security or insurance, social welfare, public education, public training, health, and child care, in a manner that is not inconsistent with this Chapter.

This paragraph, which refers to the same social services as Annex II-C-8, is, to say the least, obscure. It seems to mean that the provisions of chapter 12 do not prevent NAFTA Parties from providing services in a manner that is not inconsistent with the provisions of chapter 12! If this paragraph is suggesting that NAFTA governments may continue to provide some social services, its meaning is unclear as to what exactly these governments are allowed to do. It is in the reservations to which article 1206 refers that we can more readily find some indications of the limits of the liberalization commitments Canada has made with regard to health services.

The reservations bearing on the application of chapter 12, particularly the one appearing at page II-C-8 reproduced above, are the same as those that apply to chapter 11. The Canadian health systems have thus been protected up until now from the consequences of the liberalization of services provided in NAFTA.

It is worth concluding these few considerations on trade in services under NAFTA with a brief comment on chapter 16, which deals with the temporary admission of business persons and has close links, in its application, to cross-border trade in services. This chapter sets out a few guidelines as to the rules a NAFTA Party may apply when deciding to allow (or not) a national from another Party to enter on its territory in order to conduct business transactions. The annexes to chapter 16 state in a relatively precise and comprehensive way the classes of business persons whose temporary admission is facilitated by the NAFTA. Annex 1603, more precisely appendix 1603.D.1, provide for the temporary admission of physicians only for teaching or research activities. There is no provision in the NAFTA for the admission, even temporary, of U.S. or Mexican physicians who would wish to come to Canada to perform acts pertaining to the practice of medicine. This is an additional obstacle, therefore, to opening the market in health services to our NAFTA trading partners.

The NAFTA has not yet had any appreciable impact on the ability of our governments to maintain our health systems and provide to the Canadian population health care services in compliance with the criteria established in our legislation. However, as we shall see in Part II of our study, the approach adopted in the NAFTA — making general commitments and circumscribing them through reservations — is a risky one; it could, in future, no longer provide sufficient protection to our publicly funded health systems.

Section 3: Provisions in Bilateral Agreements Applicable to Canadian Health Measures

Canada is a party to 25 bilateral economic agreements that are currently in force. To our knowledge, these agreements have no material impact on health care in Canada.

Twenty-two of these bilateral economic agreements are aimed at protecting foreign investments; their complete texts can be readily located on the web site of the Department of Foreign Affairs and International Trade. Canada conducts little or almost no trade with the vast majority of the countries with which it has signed these agreements. Strictly speaking, the acknowledged potential effects of these agreements on Canada's health care are virtually nil. Moreover, the most recent — such as the Agreement Between the Government of the Republic of Croatia and the Government of Canada for the Promotion and Protection of Investments, which came into force at the end of 2001 — includes, in an annex, national treatment exceptions that cover social services, including health services. So, in our view, there is little to fear about the potential effects of bilateral investment agreements entered into by Canada.

The other three international economic agreements to which Canada is a party are the free trade agreements signed with Chile, Costa Rica and Israel. Although much less complete and comprehensive than the NAFTA, these agreements are structured to a large degree along the lines of the regional agreement between the three North American governments. All three are clearly oriented toward liberalization of trade in goods and reduction in tariffs. Only one contains separate provisions dealing with cross-border trade in services: the free trade agreement with Chile; it includes an annexed reservation identical to the one found in Annex II-C-8 of the NAFTA, that we reproduced above. Thus, on the bilateral level, Canada appears to have opted so far for what we would call the reservations approach in order to shield our health systems from the effects of international economic agreements.

Part II: The Different Approaches to Health Care that Canada Can Adopt with a View to the Upcoming Trade Negotiations

The inventory of provisions that could affect Canadian health systems in the major international instruments to which Canada is a party indicates that the interface between health care and trade has been treated in ways that vary substantially between different trade agreements. In the NAFTA, a regional agreement, and in at least one bilateral agreement, Canada has undertaken in principle to liberalize trade in goods and services while adding some significant limitations on this commitment by including or annexing some reservations and exceptions covering health care. As we noted earlier, a completely different regime has operated in the WTO context. In Part 3 of the GATS, which is of particular interest to us because it addresses market access and national treatment obligations, there is no general commitment or reservation or exception. The obligations provided for in this part of the GATS are the subject of piecemeal commitments by each member. Other WTO agreements that we briefly explained above do not contain any reservations, exceptions or possibility for piecemeal undertakings. Rather, they are based, like the SPS Agreement, on a balance between freedom of trade and protection of health.

Therefore, it is through agreements based on quite different approaches that Canada has undertaken internationally to comply with some trade liberalization rules that could have an impact on Canadian health systems. So far, these approaches have not conflicted. Canada has not had to limit the meaning of the commitments or reservations it has made in relation to health in the context of one trade agreement in order to comply with the commitments it has made in another agreement. The Canadian position on the liberalization of health care thus seems consistent. But this consistency is only apparent and could be temporary. In any event, it is rather fragile.

The fragile consistency of Canada's commitments under various economic agreements stems from the fact that the country is now engaged in major trade negotiations potentially leading to a variety of instruments that could all deal with the liberalization of health care. As for multilateral negotiations, the Doha agenda contemplates a renegotiation of the GATS. At the continental or hemispheric level, negotiations toward a Free Trade Area of the Americas proceed on the basis of the NAFTA documents. In both cases, the negotiations agenda provides for increased liberalization of trade, and particularly trade in services. It is conceivable therefore that these multinational and hemispheric talks will conclude on some international agreements that will differ from one another as much as the NAFTA and the GATS — each with their own interpretation and features. The reservations and exceptions approach, so far the preferred one at the continental level, and the piecemeal commitments approach applied in the GATS context, may ultimately lead to documents so different that they could be contradictory and irreconcilable. With, on one hand, some general commitments accompanied by reservations and exceptions and, on the other, some piecemeal commitments, it could become extremely difficult to clearly define what the Canadian government has committed itself to in terms of liberalization.

Consequently, we would like to underline here the risks related to the two approaches favoured in the NAFTA and the GATS, and stress the need for Canada and any other state concerned about defining clearly the dimensions of health care which it hopes to open to adopt an overall approach that will allow citizens and governments to have a clear understanding of what is subject to international competition and what is protected.

This second part of our study is thus intended to complement briefly the first part, where all the agreements that have some impact on our health systems were described. From the standpoint of international economics law, it represents the response that, in our view, is most pertinent to the general question submitted to us — what are the options for ensuring that Canadian governments can continue, if they so desire, to maintain a public health care system that is compatible with the agreements entered into by Canada. As we will explain, whatever the fundamental orientation chosen by Canadian governments and citizens, it is now urgent to present and defend internationally a clear and firm stand that has the same meaning in the context of all trade agreements.

By way of conclusion, we will venture some suggestions as to the approach that should be pursued as a matter of priority by the Canadian government in current trade negotiations.

Risks of the Reservations and Exceptions Approach

The reservations and exceptions approach is the one prevailing in the NAFTA and the bilateral agreements signed by Canada on trade in services. Ultimately, this approach entails some risks for Canada's health systems. On the one hand, it is acknowledged that reservations and exceptions are always interpreted in a restrictive manner. It is thus quite possible that some services that Canada sees as covered by a reservation or exception will not be considered in the same way by our trading partners, or by a panel arbitrating a dispute between Canada and another Party seeking access to our health care market for one of its nationals.

On the other hand, it is also well known that some reservations and exceptions are intended to circumvent the effect of general rules. However, in the context of hemispheric trade talks such as those now underway to create a Free Trade Area of the Americas, it is not the exceptions but the rules that are the main concern of negotiators. The rules are aimed at liberalizing trade, not at protecting social services. The motivation underlying the negotiated texts is to open up markets in accordance with agreed upon rules. If the protection of public health systems does not appear in the rules but is solely found in the exceptions, less importance may be given to the protection of public health systems. Thus, the balance sought by the Canadian government between the goal of opening markets in other countries and the protection of our own health systems is secured by legal provisions that are unequal. The goal of opening markets is enshrined in a rule, but the protection of health systems is achieved through an exception. Before deciding to give less importance to the protection of public health systems than to the goal of opening markets, shouldn't the Canadian government assess what the priorities of Canadians are? What values should be enshrined in a broad rule, and what others, possibly in contradiction with freer trade, would warrant instead an exception?

Risks of the Piecemeal Commitments Approach

The approach adopted by the WTO members in the GATS, which we refer to as the piecemeal commitments approach, would mean that only WTO members who have specifically undertaken to do so must provide access to their national market. *A priori*, if Canada has made no commitment with regard to health services provided on its territory, it is not bound to admit private suppliers of such services. Therefore, the risks in this approach, by contrast to the reservations and exceptions approach, do not lie in the wording of the commitments. A WTO member who remains silent about a services sector is not required to give access to its market in that sector. The risks, however, lie in the negotiation of commitments made by each WTO member. Because each member wants its nationals to be able to offer specific services on the territory of other members with attractive markets, a give-and-take bidding game ensues between members participating in the negotiations. For example, in return for access to markets in financial or professional services, some members will concede access to other services sectors such as transportation or audiovisual services. In the process, all services covered by the GATS are likely to enter the negotiations. Political or economic pressures may then be exerted on a WTO member to open its market in specific services sectors. Since, as we have seen, health services are potentially covered by the GATS, there is no reason to think that the gradual liberalization of trade in services will not eventually encompass health services. Here again, it is not hard to see that, while this approach has protected our public health systems until now, it is fraught with limitations the pitfalls in the long term.

Risks Related to the Absence of a Comprehensive Approach

The two agreements with the strongest potential impact on our health systems, the GATS and the NAFTA, rest on approaches that conflict with each other in at least one respect. In the GATS, a WTO member's silence on access to a services sector market allows it to protect that sector from foreign competition. But in the NAFTA, a party must be explicit in its reservations if it wishes to exempt a services sector from the application of the Agreement. Canada is now engaged in two major rounds of trade negotiations based on these contradictory approaches. Within two major forums — the WTO and the pan-American negotiations — it must articulate a consistent global policy toward trade in health services. Pressured on all sides by various stakeholders, it has to defend a common policy and express its position through commitments (or lack thereof) in one forum and through reserves and exceptions in the other. Moreover, the ultimate goal of these two rounds of trade negotiations — explicitly in the WTO case — is increased liberalization of trade in services. If, in the context of these talks, Canada wishes to argue that our health systems are not negotiable and if, above all, it seeks to establish the notion that international economic agreements should have no bearing on national health policies, in our view these principles ought to be spelled out explicitly in provisions, and no longer simply expressed through silence or through statements of exceptions recorded in annexes to international agreements.

Concluding Remarks and Recommendation on the Preferred Approach

In addition to examining which agreements are likely to have an impact on our public health systems, we were essentially asked to determine what options are available to Canada with a view to harmonizing Canadian health policies and Canada's commitments in major international economic agreements.

Although Canada has up to now used the latitude provided in the major economic agreements to which it is a party to protect our health systems, this latitude is quickly shrinking in our view and may no longer allow Canada to make international trade commitments that are consistent with the preferences of Canadians as to the effects, or lack of effect, that these agreements should have on our health systems. We can see the risks inherent in relying on exception provisions or on a piecemeal mode of commitment to exclude our health systems from the application of these agreements. These risks will surely increase with the negotiation of an FTAA and the talks now underway in the WTO. In order to give Canada and Canadians assurance that this country's trade commitments and the health systems wanted by Canadians are not in contradiction with each other, it is now time for Canada to develop a single, clear position that can be expressed in the same terms, in all forums. In this regard, we think that it would desirable, even necessary, that Canada start to promote internationally an international instrument that balances and opposes the principles of free trade with the principles needed to establish and maintain health systems that can provide Canadians with the level of care they would like to get. In this regard, the SPS Agreement, which we briefly analyzed earlier in the study, might serve as a guide for drafting the international instrument we are suggesting. This instrument should enable each state to establish without risk of challenge the level of public health services it wishes to provide to its people. It should also require that each state justify trade measures that would limit or prevent trade in health-related goods and services by demonstrating that they are necessary for achieving the level of health care it has chosen to provide to its citizens. That international instrument would thereby reflect two cherished values in democratic countries: the right to health, and free trade. More importantly, it would also be clearly expressed by a broad rule stating that liberalization of trade in health-related goods and services cannot be achieved by undermining the right to health or the public health systems that each state has chosen to establish or maintain. While this balancing of trade principles with the principles of public health to which Canadians adhere may seem hard to achieve, in our view it is essential to reconciling the trend toward globalization with a sense of respect for the principles underlying the health systems that countries like Canada have put in place.

Selected Bibliography

Monographs

Sanger, Matthew, *Reckless Abandon: Canada, the GATS and the Future of Health Care*, Canadian Centre for Policy Alternatives, 2001.

Articles, Reports and Publications

Anderson, M., Auld, C., Bolton, C., Gregory, A. and J. McBride, "The Economic Impact of Bill C-91 on the Cost of Pharmaceuticals in Canada", Kingston, Queen's Health Policy Research Unit, Queen's University, 1997.

Bettcher, D.W., Yach, D. and G.E. Guindon, "Global Trade and Health: Key Linkages and Future Challenges", (2000), Vol. 78, No. 4, *Bulletin of the WHO*, pp. 521-534. Available on-line at: www.who.int/bulletin/tableofcontents/2000/vol.78no.4.html (accessed April 2002).

Correa, Carlos, M. "Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements", (2000), Vol. 34, No. 5, *Journal of World Trade*, pp. 89-121.

Kinnon, C.M., "World Trade: Bringing Health into the Picture," *World Health Forum* (1998) Vol. 19, pp. 397-405.

Lexchin, J., *Globalization, Trade Deals and Drugs*, Briefing Paper Series: Trade and Investment, Canadian Centre for Policy Alternatives, November 2001.

Pollock, M. Allyson and David Price, "Rewriting the Regulations: How the World Trade Organization Could Accelerate Privatisation in Health-Care Systems", *The Lancet*, Vol. 356, December 9, 2000, p. 1995.

République française, Avis et rapports du Conseil économique et social, *Les négociations commerciales multilatérales: le cas des services*, Les Éditions des journaux officiels, 2001.

Vellinga, Jake, "International Trade, Health Systems and Services: A Health Policy Perspective", in *Trade Policy Research 2001*, January 21, 2000, p. 137. Text available on-line at: http://www.dfait-maeci.gc.ca/eet/pdf/07-en.pdf, (accessed December 2001).

Woodward, David, Drager, Nick, Beaglehole, Robert and Debra Lipson, "Globalisation and Health: A Framework for Analysis and Action", (2001), 79(9) *Bulletin of the World Health Organization*, pp. 875-881.

World Health Organization, *Globalization, Patents and Drugs. An Annotated Bibliography*, Second Edition, Health Economics and Drugs, EDM Series No. 10, 2001.

World Health Organization, World Trade Organization, *WTO Agreements and Public Health*, Joint Study by WHO and the WTO Secretariat, WTO Secretariat, 2002.

WTO, Council for Trade in Services, Health and Social Services, *Background Note by the Secretariat*, S/C/W/50, September 18, 1998.

WTO, Council for Trade in Services, Health and Social Services, *Communication of the United States*, S/C/W/56, October 20, 1998.

Newspaper Articles

Carey, John, "Costly Drugs: An Even Bloodier Backlash Ahead", *Business Week*, May 28, 2001, p. 40.

Normand, François, "L'AMI, prise trois", *Le Devoir*, Saturday, September 26, 1998.

Commission sur
l'avenir des soins de santé
au Canada

Commission on the
Future of Health Care
in Canada

ÉTUDE Nº 32

Les effets des accords commerciaux internationaux sur les mesures canadiennes relatives à la santé : options pour le Canada en vue des prochaines négociations commerciales

par
Richard Ouellet
Université Laval

octobre 2002

N° de catalogue CP32-79/32-2002F-IN

ISBN 0-662-87888-4

Bien que les opinions exprimées dans ces études n'engagent que les auteurs, chaque étude a été soumise à un processus indépendant d'examen par des pairs. La Commission tient à remercier l'Institut des services et de politiques de la santé (ISPS), des Instituts de recherche en santé du Canada, pour avoir assuré la surveillance et la bonne marche de ce processus d'examen. La participation des auteurs, des examinateurs et de l'ISPS à la réalisation de ces études constitue un apport important aux travaux de la Commission et contribuera à l'héritage qu'elle laissera.

Le générique masculin est utilisé uniquement dans le but d'alléger le texte.

Table des matières

Points saillants v

Sommaire vi

Introduction 1

Partie I : Effets des principaux accords économiques internationaux liant le Canada sur les mesures canadiennes relatives aux soins de santé 3

Section 1 : Les dispositions des accords multilatéraux applicables aux mesures canadiennes relatives à la santé 3

L'accord sur le commerce des marchandises (GATT) 3
Les principes fondamentaux de libéralisation du commerce des produits qui lient le Canada 3
Les dispositions du GATT susceptibles d'être invoquées pour protéger les mesures canadiennes concernant la santé 4
Les autres dispositions du GATT qui permettent de déroger aux principes fondamentaux 5

L'accord général sur le commerce des services 5
La notion de service 6
Les dispositions de l'AGCS impliquant la libéralisation des services de santé 7
Les dispositions de l'AGCS assurant un statut spécifique à la santé 10

Les autres accords de l'OMC ayant des effets sur les services de santé 11
L'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce 11
L'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires 11

Section 2 : Les dispositions des accords régionaux applicables aux mesures canadiennes relatives à la santé 12

Les dispositions relatives au commerce des produits de l'ALÉNA 13
Les dispositions et réserves relatives à l'investissement et au commerce des services de l'ALÉNA 13

Section 3 : Les dispositions des accords bilatéraux applicables aux mesures relatives à la santé 16

Partie II : Les différentes approches que peut adopter le Canada en matière de soins de santé au regard des prochaines négociations commerciales **17**

Les risques de l'approche par réserves et exceptions 18
Les risques de l'approche par engagements à la pièce 19
Les risques liés à l'absence d'une approche globale 19

Remarques conclusives et recommandation quant à l'approche à privilégier **21**

Bibliographie sommaire **22**

Points saillants

- Les Canadiens se demandent si, avec les accords économiques conclus au cours de la dernière décennie, nos gouvernements ont encore la marge de manœuvre voulue pour conserver des systèmes de santé qui répondent à leurs attentes.

- Par diverses approches, le Canada a jusqu'ici toujours exclu ses systèmes de santé de l'application de ces accords.

- Au niveau multilatéral, les règles du GATT s'appliquent, sauf rare exception, à tous les produits, incluant ceux liés à la santé. L'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS) est construit sur une approche très différente, celle des engagements spécifiques. L'accès à un marché national pour un secteur de services donné n'est possible que si un Membre de l'OMC s'est spécifiquement engagé à donner accès à son marché pour ce secteur de services. Or, le Canada n'a pris aucun engagement en matière de services de santé.

- Au niveau régional, l'ALÉNA prévoit la libéralisation du commerce des produits, qu'ils soient ou non liés à la santé. Par contre, les chapitres 11 et 12 sont bâtis sur une approche bien particulière. Ils favorisent l'ouverture aux investissements étrangers et la libéralisation du commerce des services sans égard aux secteurs d'activité touchés mais, par le biais de réserves consignées dans des annexes, les soins de santé sont exclus de l'application de l'ALÉNA. C'est une approche par réserves et exceptions.

- On constate que si le Canada a évité les effets que les accords économiques internationaux auraient pu avoir sur les soins de santé, il l'a fait en mettant à profit la structure d'accords fondés sur des approches très différentes.

- Si le gouvernement du Canada souhaite continuer de soustraire nos systèmes publics de santé aux effets de ces accords, il doit tenir compte du fait qu'il n'est pas sans risque de le faire simultanément selon des approches aussi différentes que celles de l'AGCS et de l'ALÉNA. Une approche intégrée tenant compte des préoccupations commerciales tout en respectant les priorités des gouvernements en matière de santé est nécessaire.

Sommaire

Les Canadiens s'interrogent sur les effets qu'ont ou que peuvent avoir sur nos systèmes de santé les accords économiques internationaux signés par le Canada. Il est permis de se demander si, avec l'étendue des engagements qu'ils ont contracté dans les accords économiques conclus dans la dernière décennie, nos gouvernements ont encore toute la marge de manœuvre voulue pour mettre en place et conserver des systèmes de santé qui répondent aux attentes des Canadiens.

À ce jour, les accords commerciaux tant multilatéraux, régionaux que bilatéraux signés par le Canada n'ont pas eu d'impact majeur sur les services de santé prodigués au pays. Le Canada s'est toujours assuré de baliser strictement ou d'exclure carrément nos systèmes de santé de l'application de ces accords.

C'est par des approches assez diverses que le Canada a pu s'assurer que ces accords n'aient pas d'effet sur les soins de santé. Cette diversité des approches, si elle a jusqu'ici bien servi l'objectif de protéger les systèmes publics de santé, comporte des inconvénients et des risques. Il n'est pas exclu que dans l'avenir les approches adoptées n'arrivent plus à protéger adéquatement nos régimes publics de santé. Il importe donc de bien comprendre quelles sont ces approches qui ont été préconisées pour ensuite voir brièvement les risques de chacune ainsi que les risques que comporte le fait de recourir à des méthodes si différentes pour exclure les soins de santé de l'application des accords économiques.

Au niveau multilatéral, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT), qui couvre le commerce des produits, ne fait pas de distinction entre les produits liés à la santé et les autres. Les principes commerciaux s'appliquent de façon générale à tous les produits, y compris ceux liés à la prestation des soins de santé. L'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS) est construit d'après une approche très différente. L'accès à un marché national pour un secteur de services donné n'est possible que si un Membre de l'OMC s'est spécifiquement engagé à donner accès à son marché pour ce secteur de services. Ainsi, pour que des services de santé puissent être offerts au Canada sur une base commerciale par des fournisseurs privés de services d'un autre Membre de l'OMC, il faudrait que le Canada se soit spécifiquement engagé à donner accès à son marché pour le secteur des services de santé. Or, à l'heure actuelle le Canada n'a pris aucun engagement en ce sens. L'approche par engagements spécifiques qui prévaut dans le contexte de l'AGCS a donc aussi permis d'exclure la prestation de soins de santé des effets de cet accord. D'autres accords de l'OMC, dont l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC, ou ADPIC), ont aussi leur propre approche pour circonscrire les effets de la libéralisation des échanges commerciaux sur les soins de santé.

Au niveau régional, l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) prévoit, comme les accords de l'OMC, la libéralisation du commerce des produits sans égard au fait qu'ils soient ou non liés à la santé. En matière d'investissement et de services par contre, les termes de l'ALÉNA sont passablement différents de ceux des accords de l'OMC. Les chapitres 11 et 12 qui portent sur ces deux sujets sont bâtis selon une approche bien particulière. Les règles générales de ces deux chapitres favorisent l'ouverture à l'investissement étranger et la libéralisation du commerce des services sans égard aux secteurs d'activité touchés. C'est par le biais d'exceptions et de

réserves consignées dans des annexes à l'Accord que les soins de santé sont exclus de l'application des dispositions de l'ALÉNA qui libéralisent l'investissement et le commerce des services.

Au niveau bilatéral, les quelques accords de libre-échange signés par le Canada portent essentiellement sur le commerce des produits. Les rares dispositions qui affectent le commerce des services sont rédigées en des termes très voisins de ceux de l'ALÉNA. Ces dispositions prévoient la libéralisation du commerce des services sans égard au secteur ou au type de services offerts. Ce n'est que par le biais d'exceptions et de réserves que les services de santé sont exclus de l'application de ces accords.

À l'étude des différents accords économiques internationaux qui lient le Canada et qui pourraient avoir un impact sur les systèmes de santé canadiens, on constate que si le Canada a réussi jusqu'ici à éviter les effets que ces accords auraient pu avoir sur les soins de santé, il l'a fait en mettant à profit la structure d'accords élaborés selon des approches bien différentes.

Dans le cas de l'AGCS, basé sur une approche d'engagements spécifiques de la part des Membres de l'OMC, c'est le silence et l'absence d'engagements spécifiques de la part du Canada qui a permis d'éviter que cet accord général n'ait pour effet d'ouvrir le marché canadien des services de santé. Dans le cas de l'ALÉNA, c'est au contraire le fait que le Canada ait consigné des réserves claires en annexe à l'Accord qui a enlevé à l'ALÉNA tout effet sur nos systèmes de santé. Ces deux approches très différentes ont en commun d'être à la base des deux grandes rondes de négociations commerciales auxquelles le Canada participe aujourd'hui. Les négociations de Doha touchant les services se sont engagées sur la base de l'actuel AGCS, tandis que les négociations devant mener à la création de la ZLÉA ont pour fondement les textes de l'ALÉNA. Si le gouvernement du Canada souhaite continuer de soustraire ses systèmes publics de santé aux effets des accords économiques internationaux, il doit tenir compte du fait qu'il n'est pas sans risque de le faire par des approches aussi différentes que celles qui prévalent aujourd'hui dans l'AGCS et l'ALÉNA. Une approche intégrée tenant compte des préoccupations commerciales tout en respectant les priorités de chaque État en matière de santé est nécessaire.

Introduction

Depuis maintenant un demi-siècle, et surtout depuis 1994, le Canada est devenu membre ou partie d'un bon nombre d'accords d'intégration économique. Ces accords sont de portée bilatérale, comme l'Accord de libre-échange Canada-Chili, de portée régionale, comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), ou de portée multilatérale comme les Accords du GATT et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Quelle que soit leur portée géographique, ces accords risquent tous d'avoir un impact sur le rôle que jouent nos gouvernements et d'affecter de multiples aspects de la vie des Canadiens.

Parmi les plus importants secteurs d'activité humaine dont la gestion est mise en cause par ces accords qui concrétisent le phénomène de la mondialisation se trouve la prestation des soins de santé. Nombre d'experts s'entendent d'ailleurs pour dire sans ambages que la mondialisation de l'économie pose un défi majeur pour les politiques nationales relatives à la santé.

> La mondialisation est l'un des grands défis qui se posent aux responsables des politiques en matière de santé et aux professionnels de la santé (McMichael et Beaglehole, 2000). En dépit d'une documentation de plus en plus abondante sur l'importance de la mondialisation pour la santé (Lee et Collin, à paraître), il n'y a pas de consensus sur les canaux ou les mécanismes par lesquels la mondialisation influe sur la santé des populations ou sur les politiques qui conviendraient dans les circonstances. On constate toutefois une tension croissante entre, d'une part, les règles, les acteurs et les marchés caractéristiques de la phase moderne de la mondialisation et, de l'autre, la capacité des pays de protéger et de promouvoir la santé. (Woodward, Drager, Beaglehole et coll. 2001, p.875) [traduction]

Cette tension grandissante entre santé et liberté de commerce a essentiellement deux causes.

La première cause de tension est évidemment l'importance des intérêts en jeu. D'une part, se trouvent des intérêts commerciaux colossaux qui découlent des activités liées aux soins de santé. Quelques parutions et documents récents illustrent d'ailleurs on ne peut plus clairement les gains à tirer, par exemple, de l'octroi de services de santé et de la fabrication de médicaments, (*Lexpert*, March 2002, p. 64 ; *Business Week*, May 28, 2001, p. 40 ; J. Vellinga, 2000, pp. 160-169 ; OMC, *Services de santé et services sociaux*, 1998, pp. 2-9). D'autre part, on s'en doute bien, se trouvent des intérêts sociaux et sanitaires qui touchent le droit des Canadiens de bénéficier de soins de santé accessibles et de qualité. Ces droits sont consacrés dans la législation canadienne mais découlent aussi de droits fondamentaux reconnus dans des instruments internationaux tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 25, paragraphe 1) et le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels (article 12).

La deuxième cause de tension entre santé et liberté de commerce vient du fait que les accords économiques récents ont, dans une certaine mesure et plus ou moins explicitement selon les cas, ouvert aux lois du marché toute une gamme de secteurs d'activité économique qui touchent directement, indirectement ou potentiellement le commerce des biens et services liés à la santé. Or, encore aujourd'hui, il est difficile d'évaluer avec précision quels effets peuvent avoir des accords de libéralisation des échanges comme l'ALÉNA ou l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'OMC sur l'ouverture des marchés des soins de santé.

Légitimement, les Canadiens veulent mieux connaître les conséquences à long terme des engagements commerciaux que prend le gouvernement canadien et qui sont susceptibles d'entraîner des changements dans leurs systèmes de santé. C'est à cette deuxième cause de tension entre les valeurs liées à la santé et à la liberté du commerce que s'attardera la présente étude.

Afin de mesurer toute l'importance des effets des accords commerciaux multilatéraux sur les mesures canadiennes relatives à la santé, nous étudierons dans la première partie de l'étude le régime juridique des principaux accords économiques qui lient le Canada. Nous ferons ainsi une brève revue des principales dispositions des instruments internationaux qui ont des effets potentiels ou avérés sur les soins de santé tels qu'ils sont dispensés aujourd'hui au Canada. Nous mettrons en évidence le statut plutôt ambivalent réservé à la santé dans les règles commerciales qui prévalent aujourd'hui. Nous tenterons aussi, autant que faire se peut, de vérifier quels accords peuvent avoir des effets concrets sur les systèmes de santé canadiens. Dans la deuxième partie de l'étude, nous examinerons brièvement les différentes approches que le gouvernement canadien pourrait adopter en matière de santé dans le cadre des négociations commerciales multilatérales qui ont cours. Nous chercherons ainsi à répondre à la question générale de notre mandat et à évaluer les meilleures options qui s'offrent aux gouvernements du Canada en vue de concilier adéquatement les engagements commerciaux et économiques que prend le Canada avec un système de santé qui répond aux besoins et aux valeurs des Canadiens.

On comprendra que cette étude ne vise ni à décrire les systèmes de santé canadiens ni à étudier les besoins ou les attentes des Canadiens à l'égard de ces systèmes. Notre expertise et notre étude se limitent à présenter brièvement jusqu'où le Canada s'est engagé à libéraliser ses systèmes de santé et à voir comment, dans l'avenir, le Canada pourra concilier ses engagements économiques internationaux avec les systèmes de santé dont les Canadiens voudront se doter.

Partie I : Effets des principaux accords économiques internationaux liant le Canada sur les mesures canadiennes relatives aux soins de santé

L'objectif général de cette première partie est de faire l'inventaire des dispositions des accords économiques internationaux qui peuvent éventuellement influer sur la capacité des divers ordres de gouvernement canadiens d'adopter et de maintenir des mesures relatives aux soins de santé. En plus de permettre d'anticiper les arguments qui pourraient être invoqués contre le Canada dans un éventuel différend, cet inventaire est l'occasion de vérifier quels sont les accords qui ont les effets les plus importants sur les systèmes de santé canadiens. Les accords étudiés ici sont répartis en trois catégories : les accords économiques multilatéraux, les accords économiques régionaux et les accords économiques bilatéraux. Pour chaque catégorie, on pourra constater les approches particulières adoptées à l'égard des soins de santé. Certaines de ces approches serviront de base aux remarques que nous présentons dans la seconde partie de l'étude.

Section 1 : Les dispositions des accords multilatéraux applicables aux mesures canadiennes relatives à la santé

En ce qui a trait aux accords commerciaux multilatéraux, ce sont essentiellement les Accords de l'OMC qui ont pour le moment des effets sur les mesures prises par le Canada en matière de santé. Nous examinerons successivement le GATT, l'Accord général sur le commerce des services (ACGS) et, en bloc, les autres accords multilatéraux susceptibles d'influer sur la prestations des soins de santé.

L'Accord sur le commerce des marchandises (GATT)

Les principes fondamentaux de libéralisation du commerce des produits qui lient le Canada

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade*, ou GATT) a introduit de nouvelles règles commerciales qui ont notamment pour objectif la libéralisation des échanges commerciaux internationaux. Pour que cet objectif puisse être atteint, plusieurs principes importants ont été mis en place, principes qui sont devenus par la suite le fondement de la plupart des accords commerciaux internationaux. Il s'agit, pour les plus importants, du principe de non-discrimination et de l'interdiction des restrictions quantitatives. Il est important d'indiquer brièvement quels sont ces principes fondamentaux, élaborés dans le cadre du GATT, qui entraînent la libéralisation du commerce des produits. Ces principes sont d'autant plus importants qu'ils sont repris dans presque tous les accords économiques internationaux.

Le principe de non-discrimination

Le principe de non-discrimination s'articule autour de deux règles : celle du traitement de la nation la plus favorisée (article I du GATT) et celle du traitement national (article III du GATT).

Aux termes de l'article I sur le traitement de la nation la plus favorisée, chaque Membre de l'OMC doit étendre automatiquement à tous les autres un traitement aussi favorable que celui consenti à n'importe quel autre pays. Ainsi, le principe du traitement de la nation la plus favorisée garantit à tous les partenaires commerciaux des conditions égales d'accès au marché. À cette règle se rattache celle du traitement national, qui oblige chaque Membre à accorder aux produits de tous les autres Membres le traitement qu'il applique à ses propres produits. Cette règle s'applique à toutes les mesures nationales tant réglementaires que fiscales. Ainsi, toutes les mesures touchant notamment à la vente, à l'achat, au transport et à la distribution des produits doivent s'appliquer de la même façon aux produits nationaux et aux produits similaires importés.

L'interdiction des restrictions quantitatives

Les restrictions quantitatives prennent généralement la forme de quotas, de contingents, ou de licences et visent à limiter l'entrée de produits étrangers sur le territoire national ou la sortie de produits nationaux vers l'extérieur. Les restrictions quantitatives ont donc comme conséquence de perturber, voire d'empêcher, les échanges de certains produits. L'article XI du GATT pose la règle de l'interdiction de telles restrictions.

Ces principes fondamentaux sur lesquels reposent les accords de l'OMC touchant au commerce des produits souffrent toutefois quelques exceptions.

Les dispositions du GATT susceptibles d'être invoquées pour protéger les mesures canadiennes concernant la santé

Il existe plusieurs dispositions du GATT qui permettent aux Membres de l'OMC de prendre des mesures restrictives relatives aux produits liés à la santé. Il s'agit de l'exception générale qui figure à l'article XX du GATT et de certains régimes particuliers mis en place par d'autres dispositions du GATT.

L'exception générale de l'article XXb)

L'article XX du GATT énonce des exceptions générales pour lesquelles les principes de l'Accord ne s'appliqueront pas, reconnaissant ainsi la particularité de certains intérêts fondamentaux comme la moralité publique, la santé, la préservation des ressources naturelles et les trésors nationaux. Ainsi, sous certaines conditions, les mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » sont compatibles avec les dispositions du GATT.

Les conditions d'application de l'article XX sont restrictives car soumises à plusieurs conditions cumulatives. Il faut d'abord que la mesure litigieuse concerne l'un des intérêts figurant dans la liste, en l'occurrence, la protection de la santé et de la vie des personnes.

Il ne suffit pas que la mesure soit mentionnée dans la liste, il faut aussi que cette mesure soit nécessaire, selon les termes de l'article XX. Cette condition de nécessité implique que la mesure ne doit pas être excessive par rapport au but visé, qu'il existe un lien de causalité entre la mesure et l'objectif à atteindre et, enfin, que d'autres moyens moins contraignants pour la libre circulation des échanges n'existent pas. De plus, la phrase introductive de l'article XX apporte une limite importante puisqu'il ne faut pas que la mesure soit utilisée « de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ».

Cette exception de l'article XXb) a vu son champ d'application modifié avec le temps. Les instances juridictionnelles de l'OMC qui ont été amenées à se prononcer sur cette exception ne lui ont pas toujours donné la même portée. Cette exception comporte donc ses limites et ses risques.

Les autres dispositions du GATT qui permettent de déroger aux principes fondamentaux

L'article III :8 b) permet aux Membres qui le souhaitent d'accorder des subventions aux seuls producteurs nationaux. Le Canada pourrait donc octroyer des subventions dans des secteurs d'activité concernant par exemple la fabrication de matériel de santé et la fabrication de médicaments. Précisons aussi que depuis 1995, l'article III :8 b) doit s'analyser parallèlement aux dispositions de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, étudié plus loin.

Le régime juridique du GATT impose donc au Canada le respect de certaines obligations d'égalité de traitement entre les nations et entre les produits similaires ou concurrents. Le GATT aménage aussi certaines situations particulières où il lui sera possible de déroger à ces obligations, notamment en ce qui concerne les mesures relatives à la protection de la santé. Le GATT engage donc les Membres de l'OMC dans une libéralisation générale du commerce des produits tout en reconnaissant que les questions liées à la santé peuvent jouir d'un certain statut exceptionnel. On verra maintenant que l'accord général qui régit le commerce des services obéit à une dynamique assez différente de celle du GATT.

L'Accord général sur le commerce des services

Ainsi que l'a indiqué le ministre canadien du Commerce international, les services de santé offerts au Canada sont exclus pour l'heure de l'application de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) (*General Agreement on Trade in Services*, ou GATS) :

> Je tiens à souligner que nous maintiendrons et préserverons la capacité de tous les ordres de gouvernement de légiférer et d'établir des politiques dans les domaines importants pour les Canadiens, a ajouté le ministre Pettigrew. *Notre système de santé*, notre système d'enseignement public et nos services sociaux *ne sont pas négociables* (...)

Il est vrai que chacun des Membres de l'OMC demeure maître de la décision de soumettre ou non aux principales règles de l'AGCS chacun des secteurs de services couverts par l'Accord.

Comme nous le verrons plus en détails dans les pages qui suivent, le Canada a tout à fait le droit, aux termes de l'AGCS, de ne pas s'engager à respecter les règles d'accès au marché et de traitement national énoncés dans cet accord. Il revient donc en propre au Canada de décider de l'étendue des engagements qu'il souhaite prendre quant à la libéralisation des services de santé offerts sur son territoire. On constate quand même, à l'examen du régime juridique de l'AGCS, que la prestation des services de santé peut, au moins indirectement ou potentiellement, être déjà affectée par cet accord. Afin de mesurer l'ambivalence qui caractérise le régime juridique de l'AGCS à l'égard des services relatifs à la santé, nous analyserons d'abord la notion de service telle que retenue dans l'AGCS. Nous examinerons ensuite les dispositions de l'AGCS qui conduisent progressivement à la libéralisation des services de santé. Nous étudierons enfin les dispositions aménageant un statut particulier pour la protection de la santé.

La notion de service

L'AGCS ne donne pas une définition explicite de la notion de services. Seul le commerce des services est défini. À cet égard, quatre modes de fourniture de services sont précisés. Ces modes figurent à l'article premier, alinéa 2, de l'AGCS, qui indique que :

> (...) le commerce des services est défini comme étant la fourniture d'un service :
> a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre
> b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre
> c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre
> d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de plusieurs personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre.

L'article premier, alinéa 3b), précise ensuite que « les « services » comprennent *tous les services de tous les secteurs* à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ». (les italiques sont de nous).

Quant à l'article premier, alinéa 3c), il précise qu'« un « service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » s'entend de tout service qui n'est fourni *ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services* », (les italiques sont de nous).

Comme l'affirment avec justesse certains auteurs spécialisés, la description des services tel que faite dans l'AGCS englobe tous les services, y compris les services de santé. (J. Vellinga, 2000, p. 158 et p. 174 ; A. Pollock et D. Price, 2000, p. 1996). En soi, les services de santé sont donc couverts par cet accord de l'OMC.

Il faut cependant préciser que, dans certains cas particuliers et à des conditions précises, les services de santé ne seront pas compris dans le champ d'application de l'AGCS. C'est ce qui découle des paragraphes 3b) et 3c) de l'article premier, qui indiquent que les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ne sont pas visés. Ainsi, dans les cas où les services relatifs aux soins de santé sont exclusivement offerts par le gouvernement, ni sur une base

commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs, les services de santé sont exclus de l'AGCS. Par ailleurs, si certains services concernant les soins de santé fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental le sont sur une base commerciale ou en concurrence avec des fournisseurs privés, ceux-ci seront visés par les dispositions de l'AGCS. À cet égard, la note d'information de l'OMC est on ne peut plus explicite en ce qui a trait aux services hospitaliers :

> Dans beaucoup de pays, toutefois, le secteur hospitalier comprend des entités publiques et des entités privées qui opèrent toutes à des conditions commerciales, en facturant au patient ou à son assurance le traitement fourni. Des aides financières supplémentaires peuvent être accordées au profit d'objectifs de politique sociale, régionale et similaire. Il semble irréaliste, en ce cas, de soutenir que l'article I :3 reste applicable et/ou qu'il n'existe pas de rapport compétitif entre les deux groupes de fournisseurs ou de services. (OMC, *Services de santé et services sociaux*, 1998, p. 14).

Ce passage trouve application au Canada depuis que le gouvernement de l'Alberta a ouvert la possibilité que certains services de santé ne soient plus seulement offerts par des organismes publics, mais aussi par des entités privées. Ainsi, dans le contexte des règles commerciales multilatérales, l'autorisation par ce gouvernement provincial de la prestation commerciale de certains services de santé pourrait avoir pour effet d'exclure de la notion de services publics les services qui seront offerts par des fournisseurs privés de santé et qui, jusqu'à l'adoption de cette loi albertaine, n'étaient offerts au Canada qu'hors du cadre concurrentiel.

On constate donc que les notions de services et de services publics ne sont pas définies de façon tranchée dans l'AGCS. Pour bien voir si un service est susceptible d'être couvert par les règles de l'AGCS, il faut vérifier si ce service est offert par les pouvoirs publics sur une base non commerciale et hors du cadre concurrentiel. Or, comme on le peut le constater chez nous, ce choix d'ouvrir ou non aux lois du marché la prestation de services de santé appartient aux gouvernements, autant au niveau provincial qu'au niveau fédéral. L'application des obligations et disciplines générales de l'AGCS aux services de santé dépend non seulement des engagements ou des exemptions pris par le Canada aux termes de cet accord, mais aussi de la possibilité qu'offre la législation interne de mettre en concurrence des fournisseurs publics et privés de services de santé. Au Canada, comme les pouvoirs législatifs en matière de santé relèvent des provinces, celles-ci peuvent exclure de la notion de services publics les services de santé offerts sur leur territoire.

Les dispositions de l'AGCS impliquant la libéralisation des services de santé

Comme dans le cadre du GATT, le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national sont les deux principes incontournables favorisant la libéralisation des échanges. Par ailleurs, l'annexe sur les services financiers a aussi des répercussions importantes dans le secteur des assurances, notamment celles concernant la santé.

Le traitement de la nation la plus favorisée (article II)

Parmi les obligations générales de l'AGCS, l'une des plus importantes est celle qui repose sur le traitement de la nation la plus favorisée, obligation qui se trouve à l'article II paragraphe 1 de l'AGCS, lequel se lit ainsi :

> En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.

Cependant, le deuxième paragraphe de l'article II de l'AGCS permet d'assouplir temporairement la libéralisation de certains services. Il se lit ainsi :

> Un Membre pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1 pour autant que celle-ci figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe.

Ainsi, le paragraphe 2 de l'article II vient considérablement restreindre la portée du paragraphe 1, puisque ce dernier permet à un membre, à certaines conditions, de se soustraire au principe énoncé dans le paragraphe 1.

Afin de connaître les exemptions au traitement de la nation la plus favorisée prises par les Membres pour les services de santé, il faut donc examiner la liste qui figure dans l'annexe afférente au paragraphe 2. À l'issue du Cycle d'Uruguay, huit pays ont pris des exemptions au traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les services professionnels et certains services médicaux, sanitaires et sociaux : la Bulgarie, Chypre, le Costa Rica, le Honduras, le Panama, la République Dominicaine, la Turquie et le Venezuela (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 23 et 32). Le Canada n'a pris aucune exemption au traitement de la nation la plus favorisée pour les services de santé. Ainsi, dans la mesure où les soins de santé seraient assujettis à l'AGCS, ce dont nous discuterons plus précisément en examinant la question de l'accès au marché, le Canada serait tenu de respecter le paragraphe 1 de l'article II de l'AGCS cité ci-dessus.

L'accès au marché et le traitement national (articles XVI et XVII)

Lors des négociations commerciales sur les services, les partenaires commerciaux ont souhaité procéder à une libéralisation progressive des services (article XIX), de sorte que l'accès au marché et le principe du traitement national ne sont pas encore des obligations générales comme dans le cas du GATT et de l'ADPIC. En effet, les dispositions relatives à ces principes ne figurent pas dans les obligations générales de l'AGCS, elles sont reléguées dans la partie traitant des engagements spécifiques pris par chaque membre, engagements qui sont consignés dans les listes nationales.

L'article XVI, qui concerne l'accès au marché, précise que : « chaque membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions

convenues et spécifiées dans sa liste ». Quant à l'article XVII, relatif au traitement national, il indique que :

> Dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires.

L'application des règles relatives à l'accès au marché et au traitement national dépend donc des engagements spécifiques qui ont été pris par les membres. On retrouve les divers engagements pris par les membres dans les listes qui détaillent les secteurs où des engagements ont été assumés, le degré d'ouverture négocié, ainsi que les exceptions au traitement national. À partir de ce moment, les engagements sont consolidés, c'est-à-dire que le membre ne pourra plus revenir sur ces derniers ou, s'il le fait, qu'il devra en assumer les coûts puisqu'il devra accorder des compensations aux membres qui seraient lésés (article XXI de l'AGCS).

Ainsi, les Membres qui ont pris des engagements spécifiques dans le secteur des services de santé devront les respecter.

Le Conseil du commerce des services de l'OMC a publié une note d'information relative aux services de santé et aux services sociaux qui apporte certains éclaircissements sur les engagements pris par les membres (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 19 et 29). Il est précisé dans cette note d'information que « les listes ne fournissent pas clairement un tableau exact, et encore moins complet, des conditions réelles du commerce et du marché » (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 19). Dans un autre ordre d'idées, il est aussi indiqué qu'« il a généralement été plus facile pour les Membres de prendre des engagements concernant les services professionnels liés à la santé (services médicaux, vétérinaires, etc.) que pour les services de santé et les services sociaux « véritables » (...) » (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 19). En effet, toujours selon cette même note, pour les modes de fourniture 1, 2 et 3 que nous avons décrits plus haut, 49 membres ont pris des engagements concernant les services médicaux et dentaires et 39 concernant les services hospitaliers, la plupart des membres étant des pays en développement. Pour ce qui est du mode de fourniture 4, sur les 55 membres qui ont pris des engagements concernant les services médicaux, dentaires et vétérinaires, deux pays n'ont introduit aucune limitation mais tous les autres ont grandement limité la portée de leurs engagements (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 21). Le Canada n'a pris aucun engagement en la matière puisque sa liste ne mentionne rien concernant ces derniers. (OMC, AGCS, Canada, SC/16, 15 avril 1994)

A priori, le Canada n'ayant pas pris d'engagements spécifiques en ce qui concerne les services liés aux soins de santé, il n'aurait contracté aucune obligation en la matière. Toutefois, l'AGCS comprend une annexe sur les services financiers qui pourrait avoir des répercussions sur l'assurance-maladie.

L'annexe sur les services financiers

Cette annexe traite des mesures qui gênent ou empêchent la fourniture de services financiers. Parmi les services visés, il y a les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental, qui comprennent notamment les :

> « b) (...) ii) *activités faisant partie d'un régime de sécurité sociale institué par la loi ou de plans de retraite publics*; et
> iii) autres activités menées par une entité publique pour le compte ou avec la garantie de l'État ou en utilisant les ressources financières de l'État », (les italiques sont de nous).

Il se trouve au moins un auteur pour soutenir qu'étant donné les définitions reproduites ci-dessous, les engagements pris par le Canada en matière de services financiers ont probablement des répercussions sur nos régimes d'assurance-maladie. (Sanger, 2000, p.75).

Les dispositions de l'AGCS assurant un statut spécifique à la santé

L'AGCS comprend des exceptions générales, dont l'une vise la protection de la santé. Cet accord, du fait de sa courte existence, prévoit également une libéralisation progressive des services. S'ajoutent à ces dispositions d'autres qui, jusqu'à présent, ne sont pas véritablement contraignantes dans la mesure où ces elles renferment des normes qui sont en devenir.

L'exception générale (article XIV)

L'article XIV de l'AGCS, corollaire de l'article XX du GATT, dresse une liste d'exceptions générales. Il est précisé dans cette disposition que :

> Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures : (...) b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes (...).

Aucun groupe spécial de l'OMC n'a eu l'occasion d'interpréter cette disposition. Du fait des similitudes entre cette dernière et l'article XX du GATT, on peut penser que les mêmes conditions restrictives s'appliquent. La protection de la santé est donc reconnue mais elle a un statut exceptionnel.

La libéralisation progressive (article XIX)

Une autre disposition de l'AGCS pourrait permettre aux Membres qui le souhaitent de ne pas libéraliser tout de suite leurs services de santé : c'est l'article XIX, relatif à la libéralisation progressive. En effet, la première phrase du paragraphe 2 de cet article précise que « [l]e processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de

développement des différents Membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs ».

La santé est un domaine compris dans les politiques nationales d'un État. Ainsi, il semble qu'un Membre pourrait faire valoir que la libéralisation totale des services de santé irait à l'encontre *de sa politique nationale en matière de santé.*

Les autres accords de l'OMC ayant des effets sur les services de santé

Outre le GATT de 1994 et l'AGCS, certains accords de l'OMC peuvent avoir des conséquences sur les mesures nationales touchant directement ou indirectement à la santé.

L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC ou ADPIC)

L'analyse exhaustive des effets de l'ADPIC demande une fine connaissance des règles nationales et internationales de propriété intellectuelle que n'a pas l'auteur de ces lignes. Nous nous limiterons ici à quelques remarques générales montrant que cet accord a des répercussions considérables sur les systèmes de santé et particulièrement sur les médicaments.

Les effets de l'ADPIC sur les mesures relatives à la santé concernent plus particulièrement les droits de propriété industrielle qui se rattachent à certains produits, notamment les médicaments. Ces droits de propriété intellectuelle ont généralement comme objectif de réserver pendant une durée de temps limitée l'exploitation commerciale d'un produit afin que les coûts imputables à la recherche et au développement du produit soient récupérés.

Les effets de l'ADPIC et plus généralement des règles des pays industrialisés ont été passablement décriés parce qu'ils exerceraient une pression à la hausse sur les prix des médicaments en restreignant considérablement la possibilité de commercialiser des médicaments génériques. Dans les pays en voie de développement, l'accès à des médicaments est aussi rendu presque impossible en raison de ce qui apparaît à plusieurs comme une protection à outrance des brevets des sociétés pharmaceutiques. La Conférence de Doha et les négociations qui s'ensuivent ont d'ailleurs entrepris de s'attaquer à cette délicate question.

L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (l'Accord SPS)

Cet accord de l'OMC régit essentiellement les mesures que les Membres de l'OMC appliquent à leurs frontières pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux et préserver les végétaux se trouvant sur leur territoire. Évidemment, cet accord ne touche que bien indirectement la prestation des soins de santé, mais sa structure nous semble intéressante en ce qu'elle donne l'exemple d'une bonne mise en équilibre des valeurs que sont la liberté de commerce et le droit à la santé.

Aux termes de l'Accord SPS, il est clairement établi qu'il appartient à chaque Membre de l'OMC de déterminer pour sa population le niveau de protection SPS qu'il juge approprié à l'égard des parasites, maladies et organismes pathogènes. Chaque Membre peut adopter et appliquer les mesures SPS de son choix dans la mesure où il peut apporter la preuve scientifique que ces mesures sont nécessaires à l'atteinte du niveau de protection SPS qu'il a établi. Ainsi, si la détermination du niveau de protection SPS s'est faite en fonction d'un objectif de réduction maximale des effets négatifs sur le commerce et si la mesure appliquée n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau de protection approprié, une mesure SPS sera jugée conforme au GATT et, en particulier, à l'article XXb) dont nous avons traité précédemment.

Les règles de cet accord, respectueuses de la volonté des États en matière de santé tout en participant de l'esprit de la libéralisation des échanges, nous semblent devoir être une source d'inspiration pour l'avenir.

En clair, ce que l'Accord SPS rend possible en matière de salubrité et de sécurité alimentaire devrait pouvoir être reproduit en matière de soins de santé. Chaque État devrait pouvoir établir le niveau de soins qu'il veut assurer à chacun de ces citoyens et toute libéralisation du commerce des biens et des services devrait respecter ce niveau de soins garanti. Nous élaborerons à ce sujet dans la dernière partie de l'étude, au moment de faire des recommandations.

Section 2 : Les dispositions des accords régionaux applicables aux mesures canadiennes relatives à la santé

Les engagements pris par les trois pays signataires de l'ALÉNA répondent à une dynamique différente de celle qui prévaut pour le système commercial multilatéral. Bien que cet accord régional ait été négocié concomitamment avec les accords de l'OMC, le Canada, les États-Unis et le Mexique n'ont pas choisi de mettre en place des accords généraux dont les contours et l'application sont précisés par des accords sectoriels ou par des listes contenant des engagements à la pièce. Ils ont plutôt créé un accord unique qui est divisé en parties, puis en chapitres comportant des engagements généraux de libéralisation des échanges dont l'application est régie de façon détaillée. L'accord est complété par de volumineuses annexes contenant des réserves où chacune des trois Parties à l'ALÉNA indique, pour ce qui touche l'investissement et le commerce des services, les secteurs pour lesquels les dispositions de l'Accord ne lui sont pas applicables et les secteurs où elle se réserve le droit de maintenir, d'adopter et d'appliquer dans l'avenir des mesures qui ne sont pas conformes aux termes de l'ALÉNA. Ainsi, comme on le verra, il est assez facile, à la lecture des annexes de l'ALÉNA, de voir quels aspects de nos systèmes de santé sont susceptibles d'être visés par les engagements de libéralisation que renferme l'ALÉNA.

Nous décrirons donc ici brièvement les dispositions de l'ALÉNA qui pourraient avoir des répercussions sur le commerce des biens relatifs à la santé. Nous décrirons aussi les dispositions touchant le commerce des services qui pourraient jouer sur la prestation de soins de santé,

mais nous nous attarderons surtout aux réserves et exceptions qui, du moins jusqu'à maintenant, privent l'ALÉNA d'application directe et concrète au secteur des services de santé.

Les dispositions relatives au commerce des produits de l'ALÉNA

Comme tous les accords économiques internationaux, et comme le GATT que nous avons décrit plus haut, l'ALÉNA compte de multiples articles qui prévoient l'application du principe de non-discrimination entre les produits et la facilitation du commerce de ces produits par l'abolition de barrières tarifaires et non tarifaires. Ces dispositions se trouvent dans la partie II de l'Accord et exposent les règles de traitement national, de traitement NPF, d'accès aux marchés, de subventions à l'exportation en termes semblables, voire empruntés à ceux du GATT. Ils se trouvent aussi à la partie III de l'ALÉNA, dans le chapitre sur les mesures normatives qui est proche parent de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce de l'OMC. D'autres dispositions, susceptibles d'affecter le commerce des biens liés à l'octroi de soins de santé, se trouvent au chapitre 10 de l'ALÉNA qui traite des marchés publics. Bien que l'application de ce chapitre soit largement diminuée par de nombreuses exceptions et règles relatives à l'entité qui passe le marché, au type de produits acheté et au prix du marché, rien ne s'oppose en principe à ce que ce chapitre couvre l'achat par une entité publique canadienne de produits liés à la santé. Enfin, le chapitre 17 de l'ALÉNA, qui force essentiellement les Parties à l'ALÉNA à offrir sur leur territoire respectif une protection efficace des droits de propriété intellectuelle, risque d'avoir sur le commerce des médicaments des effets semblables à ceux de l'Accord sur les ADPIC décrit précédemment. Quelques études tendent d'ailleurs à démontrer que le renforcement de la protection des produits pharmaceutiques par brevets et l'élimination des licences obligatoires en vue de se conformer à l'ALÉNA ont eu un impact sensible sur le prix des médicaments au Canada. (Anderson, Auld, Bolton et coll., 1997; Lexchin, 2001)

Ces dispositions sur le commerce des produits peuvent donc toutes avoir un impact sur le commerce des divers biens liés à la santé. Leur application n'a toutefois pas amené jusqu'à maintenant de changement important aux systèmes de santé canadiens ni à l'offre de soins de santé au Canada ni à la capacité de nos gouvernements d'offrir aux Canadiens les soins qu'ils désirent. Les dispositions de l'ALÉNA qui nous intéressent et qui risquent d'avoir des effets sont surtout celles qui touchent l'investissement et les services.

Les dispositions et réserves relatives à l'investissement et au commerce des services de l'ALÉNA

Les deux chapitres les plus susceptibles d'avoir des répercussions sur les systèmes de santé canadiens sont les chapitres 11 et 12, qui traitent des investissements et du commerce des services. À ces deux chapitres sont liées d'importantes annexes qui se trouvent à la fin de l'ALÉNA et qui restreignent de façon notable leur application. Jusqu'à maintenant, en matière de soins de santé, ces annexes retirent aux chapitres 11 et 12 à peu près tout effet concret.

Le chapitre 11 de l'ALÉNA est divisé en trois grandes sections. La section A énonce les règles liées au traitement que doit accorder chaque Partie à l'ALÉNA aux investisseurs et aux investissements provenant des deux autres pays de la zone de libre-échange. La section B prévoit comment doit s'opérer le règlement des différends entre une Partie à l'ALÉNA et un investisseur d'une autre Partie. La section C renferme toute une série de définitions applicables aux termes et expressions employés dans le chapitre 11.

C'est la section A qui revêt de l'intérêt pour notre étude puisque c'est dans cette section (essentiellement aux articles 1101 à 1107) que sont consignées les obligations substantielles des Parties à l'ALÉNA. On remarque rapidement à la lecture des règles contenues dans cette section qu'elles sont énoncées sans égard à l'activité commerciale visée par l'investissement. Ainsi, quand on lit les seuls articles 1101 à 1107 de l'ALÉNA, rien ne s'oppose à ce que les règles qu'énoncent ces articles bénéficient à des investisseurs ou à des investissements d'origine américaine ou mexicain dans le secteur de la santé au Canada. Ce n'est que l'article 1108, par les exceptions qu'il contient et par le renvoi qu'il fait aux réserves des annexes I à IV de l'ALÉNA que l'on peut juger de l'application que peut avoir le chapitre 11 sur les soins de santé au Canada. En fait, une étude attentive de l'article 1108 et des annexes permet de constater qu'à toutes fins utiles, le Canada ne s'est pas engagé à respecter le chapitre 11 de l'ALÉNA à l'égard des investisseurs et investissements visant le secteur des soins de santé au Canada. Par les réserves qu'il a consignées dans les diverses annexes à l'ALÉNA, le Canada s'est gardé la possibilité de déroger aux plus importantes obligations du chapitre 11. La plus claire et la plus complète de ces réserves est consignée à l'annexe II et figure à la page II-C-8 de l'édition canadienne de l'ALÉNA. Cette réserve porte sur l'ensemble du secteur des services sociaux. En plus de s'appliquer aux mesures déjà existantes au Canada lors de l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, elle couvre les mesures que le Canada adoptera et appliquera ultérieurement en matière de services sociaux. Cette réserve, par laquelle le Canada conserve le droit de déroger à la règle du traitement national (article 1102) et à la règle relative aux dirigeants et conseils d'administration (article 1107) est décrite comme suit :

> **Services transfrontières et investissements**
> Le Canada se réserve le droit d'adopter ou de maintenir des mesures relatives à la prestation de services d'application de la loi, de services correctionnels ainsi que des services suivants, dans la mesure où il s'agit de services sociaux établis ou maintenus à des fins publiques : sécurité ou garantie du revenu, sécurité ou assurance sociale, bien-être social, éducation publique, formation publique, santé et soins aux enfants.

Il est vrai qu'au plan juridique il est difficile de définir avec certitude les contours de la protection qu'offre cette réserve aux système de santé canadiens (Johnson 1998, 235). On peut quand même constater que, par cette réserve et d'autres d'application plus générale visant l'ensemble des secteurs d'activité économique, le Canada a pu jusqu'à maintenant exclure les soins de santé de l'application concrète des règles de l'ALÉNA en matière d'investissement.

Le chapitre 12 de l'ALÉNA qui traite de commerce transfrontière des services renferme des engagements généraux de libéralisation des activités économiques qu'il touche. En principe, dans les dispositions de ce chapitre, rien n'empêche que les services de santé soient couverts par les engagements de libéralisation de l'ALÉNA. Seul le paragraphe 3b) de l'article 1201 apporte

peut-être un bémol à ces engagements généraux en précisant que les gouvernements signataires de l'ALÉNA ne peuvent être empêchés de fournir certains services sociaux.

> 3. Aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée :
> (...)
> b) comme empêchant une Partie de fournir un service ou d'exercer une fonction, par exemple en ce qui concerne l'exécution des lois, les services correctionnels, la sécurité ou la garantie du revenu, la sécurité ou l'assurance sociale, le bien-être social, l'éducation publique, la formation publique ou les services de santé et d'aide à l'enfance, d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les dispositions du présent chapitre.

Ce paragraphe qui réfère aux mêmes services sociaux que l'annexe II-C-8 est pour le moins sibyllin. Il semble dire que les dispositions du chapitre 12 n'empêche pas les Parties à l'ALÉNA de fournir des services d'une façon qui n'est pas incompatible avec les dispositions du chapitre 12! Si ce paragraphe laisse entendre que les gouvernements parties à l'ALÉNA peuvent continuer de fournir des services sociaux, son sens est pour le moins obscur quant à ce que peuvent faire concrètement ces gouvernements. C'est dans les réserves auxquelles renvoie l'article 1206 que l'on peut plus facilement trouver une indication des limites aux engagements de libéralisation qu'a pris le Canada en matière de services de santé.

Les réserves à l'application du chapitre 12, notamment celle figurant à la page II-C-8 que nous avons reproduite ci-dessus, sont les mêmes que celles qui valaient pour le chapitre 11. Les systèmes de santé canadiens ont donc été protégés jusqu'à maintenant des conséquences de la libéralisation des services opérée par l'ALÉNA.

Il est intéressant de clore ces quelques considérations sur le commerce des services dans l'ALÉNA par une brève remarque sur le chapitre 16, qui traite de l'admission temporaire des gens d'affaires et dont l'application est intimement liée au commerce transfrontière des services. Ce chapitre pose quelques jalons quant aux règles que peut appliquer une Partie à l'ALÉNA au moment d'autoriser ou non un ressortissant d'une autre Partie à entrer sur son territoire pour y mener des activités commerciales. Les annexes du chapitre 16 prévoient de façon relativement précise et exhaustive les catégories de gens d'affaires dont l'admission temporaire est facilitée par l'ALÉNA. L'annexe 1603, et plus particulièrement son appendice 1603.D.1, prévoient l'admission temporaire des médecins que dans les cas où ceux-ci se livrent à des activités d'enseignement ou de recherche. L'admission, même temporaire, de médecins américains ou mexicains qui voudraient venir au Canada poser des actes qui relèvent de la pratique de la médecine n'est pas prévue par l'ALÉNA. On trouve donc ici un obstacle additionnel à l'ouverture du marché des services de santé à nos partenaires commerciaux de l'ALÉNA.

L'ALÉNA n'a pas encore eu d'impact sensible sur la capacité de nos gouvernements de maintenir nos systèmes de santé et d'offrir à la population canadienne des soins de santé qui respectent les balises fixées par notre législation. Toutefois, comme on le verra dans la partie II de notre étude, l'approche adoptée dans l'ALÉNA, qui consiste à prendre des engagements généraux puis à les circonscrire par des réserves, est risquée et pourrait, dans l'avenir, ne plus offrir une protection suffisante à nos systèmes de santé fondés sur le financement public.

Section 3 : Les dispositions des accords bilatéraux applicables aux mesures relatives à la santé

Le Canada est partie à 25 accords économiques bilatéraux qui sont aujourd'hui en vigueur. À notre connaissance, ces accords n'ont pas d'impact concret sur les soins de santé au Canada.

Vingt-deux des accords économiques bilatéraux qui lient le Canada sont des accords de protection des investissements étrangers dont on peut aisément trouver les textes intégraux sur le site du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. La vaste majorité des pays avec lesquels le Canada a signé ces accords sont des pays avec lesquels nos activités commerciales sont faibles, voire très faibles. À strictement parler, les effets avérés comme potentiels de ces accords sur les soins de santé au Canada sont à peu près nuls. Au surplus, les plus récents de ces accords – tel l'Accord entre le Gouvernement de la république de Croatie et le Gouvernement du Canada pour l'encouragement et la protection des investissements, entré en vigueur à la fin de 2001 – comportent en annexe des exceptions à l'application du traitement national qui couvrent les services sociaux, dont les services de santé. Il y a donc, à notre point de vue, peu à craindre des effets que pourraient avoir les accords bilatéraux sur l'investissement que conclut le Canada.

Les trois autres accords économiques internationaux qui lient aujourd'hui le Canada sont des accords de libre-échange, signés avec le Chili, le Costa Rica et Israël. Bien qu'il soient beaucoup moins complets et exhaustifs que l'ALÉNA, ces trois accords ont des structures qui s'inspirent largement de celles de l'accord régional qui lie les trois gouvernements nord-américains. Ces trois accords sont très clairement axés sur la libéralisation du commerce des produits et sur l'abaissement des tarifs douaniers. Le seul qui renferme des dispositions autonomes relativement au commerce transfrontière des services, l'accord de libre-échange avec le Chili, comporte en annexe une réserve identique à celle qui figure dans l'ALÉNA à l'annexe II-C-8, que nous avons reproduite plus haut. Ainsi, au niveau bilatéral, le Canada semble avoir opté pour ce que nous appelons l'approche par réserves pour soustraire jusqu'à maintenant les systèmes de santé aux effets des accords économiques internationaux.

Partie II : Les différentes approches que peut adopter le Canada en matière de soins de santé au regard des prochaines négociations commerciales

L'inventaire des dispositions des principaux instruments internationaux qui lient le Canada et qui sont susceptibles d'affecter les systèmes de santé canadiens a permis de constater que l'interface entre soins de santé et commerce a été traitée de façons assez diverses selon les accords commerciaux. Dans l'accord régional (l'ALÉNA) et dans au moins un accord bilatéral signé par le Canada, celui-ci a pris l'engagement de principe de libéraliser le commerce des biens et des services et il a apporté d'importantes limitations à l'étendue de cet engagement en faisant inclure ou annexer à ces accords des réserves et exceptions relatives aux soins de santé. On a vu précédemment que c'est une toute autre dynamique qui a prévalu dans le contexte de l'OMC. Dans la troisième partie de l'AGCS, qui nous intéresse particulièrement parce qu'elle traite des obligations d'accès au marché et de traitement national, on ne trouve ni engagement général, ni réserve, ni exception. Les obligations prévues dans cette partie de l'AGCS font l'objet d'engagements à la pièce de la part de chaque Membre. D'autres accords de l'OMC que nous avons brièvement décrits plus haut ne contiennent ni réserves, ni exceptions, ni de possibilité d'engagement à la pièce. Ils sont plutôt fondés, comme l'Accord SPS, sur l'équilibre entre la liberté de commerce et la protection de la santé.

C'est donc par le biais d'accords aux approches bien différentes que le Canada s'est engagé au niveau international à respecter certaines règles de libéralisation du commerce qui pourraient avoir des conséquences sur les systèmes de santé canadiens. Jusqu'à maintenant, ces approches ne se sont pas contredites. Le Canada n'a pas eu à infléchir le sens des engagements ou des réserves qu'il a pris en matière de santé dans le cadre d'un accord commercial pour respecter les engagements qu'il aurait pris dans un autre accord. La position canadienne en matière de libéralisation des soins de santé semble donc cohérente. Mais cette cohérence n'est qu'apparente et peut-être temporaire. Elle est en tout cas bien fragile.

La fragilité de la cohérence entre les engagements pris par le Canada aux termes des divers accords économiques vient du fait que le Canada participe en ce moment à d'importantes négociations commerciales qui risquent de déboucher sur des textes très différents traitant tous potentiellement de la libéralisation des soins de santé. Au niveau multilatéral, le programme de Doha prévoit la renégociation de l'AGCS. Au niveau continental ou hémisphérique, les négociations visant la création d'une zone de libre-échange des Amériques ont pour base les textes de l'ALÉNA. Dans les deux cas, l'ordre du jour des négociations prévoit une libéralisation accrue des échanges commerciaux et, en particulier, du commerce des services. Il est donc permis de croire que ces grandes négociations, multilatérales et hémisphériques, engendreront des instruments internationaux qui seront aussi différents entre eux que le sont l'ALÉNA et l'AGCS, et qui auront leurs interprétations et leurs évolutions propres. L'approche des réserves et exceptions, privilégiée jusqu'ici au niveau continental, et l'approche par engagements à la pièce appliquée dans le cadre de l'AGCS, risquent donc d'aboutir à des textes si différents qu'ils pourraient devenir contradictoires ou irréconciliables. Avec, d'une part, des engagements généraux assortis de réserves et d'exceptions et, d'autre part, des engagements à la pièce,

il pourrait devenir fort difficile de délimiter clairement ce qui fait l'objet d'un engagement de libéralisation de la part du gouvernement canadien.

Nous voudrions donc faire voir ici les risques liés aux deux approches préconisées dans l'ALÉNA et dans l'AGCS et montrer la nécessité, pour le Canada et pour tout État soucieux de bien définir les aspects des soins de santé pour lesquels il souhaite ouvrir ses frontières, d'adopter une approche globale grâce à laquelle citoyens et gouvernements sauront clairement ce qui est soumis à la concurrence internationale et ce qui est protégé.

Cette deuxième partie de notre étude se veut donc un court complément à la première, qui recensait l'ensemble des accords ayant un impact sur nos systèmes de santé. Elle constitue, du point de vue du droit international économique, la réponse qui nous apparaît la plus pertinente à la question générale qui nous est soumise, à savoir quelles options s'offrent pour s'assurer que les gouvernements du Canada peuvent continuer, s'ils le souhaitent, à maintenir un système public de soins de santé compatible avec les accords qu'a signés le Canada. Nous expliquerons que, quelle que soit l'orientation de fond choisie par les gouvernements et les citoyens canadiens, il devient urgent de présenter et de promouvoir au niveau international une position claire, constante et ayant la même signification d'un accord commercial à l'autre.

En guise de conclusion, nous nous permettrons des suggestions quant à l'approche que devrait privilégier le gouvernement canadien dans les négociations commerciales en cours.

Les risques de l'approche par réserves et exceptions

L'approche par réserves et exceptions est celle qui prévaut dans l'ALÉNA et dans les accords bilatéraux signés par le Canada sur le commerce des services. Le recours à cette approche comporte, à terme, certains risques pour les systèmes de santé canadiens. D'une part, il est reconnu que des réserves et exceptions sont toujours interprétées de façon restrictive. Il est donc tout à fait possible qu'en cas de litige, certains services que le Canada considère couverts par une réserve ou une exception ne soit pas considérés comme tels par nos partenaires commerciaux ou par un groupe d'arbitres appelé à trancher un éventuel différend entre le Canada et une autre Partie qui réclame, pour l'un de ses ressortissants, l'accès à notre marché des soins de santé.

D'autre part, il est aussi bien connu que des réserves et exceptions visent à éluder l'effet de règles générales. Or, dans un contexte de négociations commerciales hémisphériques comme celles en cours pour créer une zone de libre-échange des Amériques, ce ne sont pas les exceptions qui constituent les principales préoccupations des négociateurs, ce sont les règles. Les règles visent la libéralisation des échanges et non la protection des services sociaux. L'esprit à la base des textes négociés est d'ouvrir les marchés selon des règles convenues. Si la protection des systèmes de santé publics ne figure pas dans les règles mais uniquement dans les exceptions, une importance moins grande risque d'être accordée à la protection des systèmes de santé publics. L'équilibre que recherche le gouvernement canadien entre l'ouverture des marchés des autres pays et la protection de nos systèmes de santé est donc assurée par des moyens juridiques inégaux. L'ouverture des marchés est assurée par une règle, la protection des systèmes de santé est assurée par une exception. Avant de choisir de donner une place moins importante à la

protection des systèmes publics de santé qu'à l'ouverture des marchés, le gouvernement canadien ne devrait-il pas vérifier quelles sont les priorités des Canadiens? Quelles valeurs méritent d'être consignées dans une règle de principe, quelles autres valeurs pouvant être mises en opposition avec la libéralisation du commerce justifient plutôt une exception?

Les risques de l'approche par engagements à la pièce

L'approche adoptée par les Membres de l'OMC dans l'AGCS, que nous appelons approche par engagements à la pièce, suppose que seuls sont tenus de donner accès à leur marché national les Membres de l'OMC qui se sont spécifiquement engagés à le faire. Ainsi, à priori, si le Canada n'a pris aucun engagement à l'égard des services de santé offerts sur son territoire, il n'est pas tenu d'admettre les fournisseurs privés de ces services. Contrairement à l'approche par réserves et exceptions, les risques que comporte l'approche par engagements à la pièce ne résident donc pas dans le libellé des engagements. Un Membre de l'OMC qui demeure silencieux sur un secteur de services n'est pas tenu d'accorder accès à son marché pour ce secteur. Les risques résident plutôt dans la négociation des engagements pris par chaque Membre de l'OMC. Chaque Membre souhaitant faire bénéficier ses ressortissants de la possibilité d'offrir des services précis sur le territoire de certains autres Membres représentant des marchés intéressants, un jeu de donnant-donnant et d'enchères s'engage entre les Membres participant aux négociations. Par exemple, en contrepartie de l'accès au marché de certains services financiers ou professionnels, des Membres concèdent l'accès à d'autres secteurs de services tels les transports ou les services audiovisuels. Dans cette dynamique, tous les services couverts par l'AGCS sont susceptibles de faire l'objet de négociations. Des pressions politiques ou économiques peuvent donc être exercées sur un Membre de l'OMC pour qu'il ouvre le marché de certains secteurs de services. Les services de santé étant, comme on l'a vu, potentiellement couverts par l'AGCS, rien n'interdit de penser que la libéralisation progressive du commerce des services n'englobe un jour les services de santé. Encore ici, si cette approche a bien protégé les systèmes publics de santé jusqu'à maintenant, il est aisé d'en voir les limites et les écueils qu'elle présente à long terme.

Les risques liés à l'absence d'une approche globale

Les deux accords ayant les effets potentiels les plus forts sur nos systèmes de santé, l'AGCS et l'ALÉNA, sont basés sur des approches qui s'opposent sur au moins un plan. Dans l'AGCS, le fait pour un Membre de l'OMC d'être silencieux sur l'accès au marché d'un secteur de services lui permet de protéger ce secteur de la concurrence étrangère. Dans l'ALÉNA, une Partie doit au contraire être explicite dans ses réserves si elle souhaite soustraire un secteur de services à l'application de l'Accord. Or, le Canada est aujourd'hui engagé dans deux grandes rondes de négociations commerciales fondées sur ces approches contradictoires. Au sein de deux grands forums, l'OMC et les négociations pan-américaines, il doit articuler une politique globale cohérente sur le commerce des services de santé. Soumis à des pressions diverses selon ses interlocuteurs, il doit arriver à défendre une même politique et à exprimer cette position par des engagements (ou l'absence d'engagements) dans un forum, et par des réserves et des exceptions dans l'autre. Au surplus, ces deux négociations commerciales appellent, explicitement dans le

cas de l'OMC, une libéralisation accrue du commerce des services. Il nous semble que si, dans le cadre de ces négociations, le Canada veut faire valoir l'idée que nos systèmes de santé ne sont pas négociables, s'il veut, surtout, faire reconnaître la notion que les accords économiques internationaux ne doivent avoir aucun effet sur les politiques nationales en matière de santé, ces principes doivent faire l'objet de dispositions claires, non plus simplement être exprimées par des silences ou par des textes d'exception consignés en annexe des accords internationaux.

Remarques conclusives et recommandation quant à l'approche à privilégier

En plus d'examiner les accords susceptibles d'avoir un impact sur nos systèmes publics de santé, il nous a essentiellement été demandé d'indiquer quelles options s'offraient au Canada en vue d'assurer l'adéquation entre les politiques canadiennes en matière de santé et les engagements pris par le Canada dans les principaux accords économiques internationaux.

Il nous apparaît que même si le Canada a, jusqu'ici, bien mis à profit la marge de manœuvre qu'offrent les principaux accords économiques qui le lient pour protéger nos systèmes de santé, cette marge de manœuvre rétrécit rapidement et pourrait ne plus permettre au Canada de prendre des engagements commerciaux internationaux conformes aux souhaits des Canadiens quant aux effets, ou à l'absence d'effet, que doivent avoir ces accords sur nos systèmes de santé. On a pu voir les risques que comporte le fait de compter sur des dispositions d'exception ou sur un mode d'engagement à la pièce pour exclure de l'application des accords nos systèmes de santé. Ces risques seront certainement amplifiés avec les négociations devant mener à la ZLÉA et celles ayant cours à l'OMC. Afin d'assurer que les engagements commerciaux du Canada et les systèmes de santé que souhaite les Canadiens ne soient pas en contradiction les uns avec les autres, il est temps que le Canada se dote d'une position unique et claire, exprimée dans les mêmes termes dans tous les forums. Dans cette optique, il nous semble souhaitable voire nécessaire que le Canada devienne, au niveau international, le promoteur d'un instrument international qui mette directement en équilibre et en opposition les principes du libre-échange avec les principes nécessaires à la mise en place et au maintien de systèmes de santé pouvant offrir aux Canadiens le niveau de soins que souhaite la population. À cet égard, l'Accord SPS, brièvement analysé dans cette étude, pourrait servir de guide pour l'instrument international que nous suggérons. Cet instrument devrait permettre à chaque État de fixer souverainement le niveau de services publics de santé qu'il souhaite offrir à sa population. Il devrait aussi exiger de chaque État qu'il justifie ses mesures commerciales restreignant ou empêchant le commerce des produits et services liés à la santé en démontrant que les mesures commerciales contestées sont nécessaires à l'atteinte du niveau de soins de santé que l'État a choisi de donner à sa population. Ainsi, dans un même instrument international, il serait tenu compte de deux valeurs chères à la communauté des États démocratiques, le droit à la santé et la liberté de commerce. Il serait aussi et surtout clairement exprimé par une règle de principe que la libéralisation du commerce des biens et services liés à la santé ne saurait se faire en brimant le droit à la santé ni au détriment des systèmes de santé publique que chaque État choisit de mettre sur pied ou de maintenir. Si cette mise en équilibre des principes commerciaux et des principes de santé publique auxquels adhèrent les Canadiens peut paraître difficile à atteindre, elle nous semble indispensable à la conciliation du phénomène de la mondialisation avec le respect des principes qui sous-tendent les systèmes de santé dont se sont dotés des sociétés comme le Canada.

Bibliographie sommaire

Monographies

Sanger, Matthew, *Reckless Abandon : Canada, the GATS and the Future of Health Care*, Centre canadien de politiques alternatives, 2001.

Articles, rapports et publications

Anderson, M., Auld, C., Bolton, C., Gregory, A., et J. Mcbride, « The Economic Impact of Bill C-91 on the Cost of Pharmaceuticals in Canada », Kingston, Queen's Health Policy Research Unit, Université Queen's, 1997.

Bettcher, D.W., Yach, D., et G.E. Guindon, « Global Trade and Health : Key Linkages and Future Challenges », (2000), vol. 78, n° 4, *Bulletin de l'OMS*, pp. 521-534. Disponible sur le site : www.who.int/bulletin/tableofcontents/2000/vol.78no.4.html, (date d'accès : avril 2002).

Correa, Carlos, M. « Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements », (2000), vol. 34, n° 5, *Journal of World Trade*, pp. 89-121.

Kinnon, C.M., « Commerce mondial : ménager une place à la santé », (1998), vol. 19, n° 4, *Forum mondial de la santé*, pp. 398-407.

Lexchin J., *Globalization, Trade Deals and Drugs*, Briefing Paper Series : Trade and Investment, Centre canadien de politiques alternatives, novembre 2001.

OMC, Conseil du commerce des services, Services de santé et services sociaux, Note d'information du Secrétariat, S/C/W/50, 18 septembre 1998.

OMC, Conseil du commerce des services, Services de santé et services sociaux, Communication des États-Unis, S/C/W/56, 20 octobre 1998.

Organisation mondiale de la santé, Organisation mondiale du commerce, Les Accords de l'OMC et la santé publique, Étude conjointe de l'OMS et du Secrétariat de l'OMC, Secrétariat de l'OMC, 2002.

Pollock, M. Allyson et David Price, « Rewriting the Regulations : How the World Trade Organization Could Accelerate Privatisation in Health-Care Systems », *The Lancet*, vol. 356, 9 décembre 2000, p. 1995.

République française, Avis et rapports du Conseil économique et social, *Les négociations commerciales multilatérales : le cas des services*, Les Éditions des journaux officiels, 2001.

Vellinga Jake, « Commerce international, régimes de soins de santé et services de santé: l'optique de la politique en matière de santé », dans *Les recherches en politique commerciale 2001*, 21 janvier 2000, p. 157. Le texte est disponible sur le site : http://www.dfait-maeci.gc.ca/eet/04-f.pdf, (date d'accès : décembre 2001).

Woodward, David, Drager, Nick, Beaglehole, Robert et Debra Lipson, « Globalisation and Health : A Framework for Analysis and Action », 2001, 79(9) *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé*, pp. 875-881.

Organisation mondiale de la santé, *Globalization, Patents and Drugs. An Annotated Bibliography*, 2e édition, Health Economics and Drugs, EDM Series, n° 10, 2001.

Articles de journaux

Carey John, « Costly Drugs: An Even Bloodier Backlash Ahead », *Business Week*, 28 mai 2001, p. 40.

Normand, François, « L'AMI, prise trois », *Le Devoir*, le samedi 26 septembre 1998.